

Håndteringen av bristende forutsetninger under NF 07.

Kandidatnummer: 193266

Ordtelling: 14947

Veileder: Hilde Hauge

Innholdsfortegnelse:

1.0 Innledning:	4
1.1. Emne og Problemstilling	4
1.2. Rettskilder og metode	5
1.3. Avgrensning av oppgaven	7
1.4. Oppgavens videre fremstilling	8
2.0. Endringssystemet i NF 07	8
2.1. Introduksjon av oppgavens problemstilling	8
2.2. Hensyn som begrunner endringssystemet	9
2.3. Endringssystemets oppbygning	11
3.0. Risikoplassering ved bristende forutsetninger	13
3.1. Hovedregelen om risikoplassering etter bakgrunnsretten	13
3.2. Kontraktens risikoplassering	14
4.0. Læren om bristende forutsetninger	15
4.1. Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger	15
4.2. Rettsvirkningene av at det foreligger en relevant bristende forutsetning	16
5.0. Håndteringen av bristende forutsetninger under NF 07	18
5.1. Leverandøren varsler selskapet om den bristende forutsetningen	19
5.2. Selskapet svarer med instruks	19
5.2.1. Situasjoner hvor selskapet forholder seg taus til leverandørens krav på endringsordre	19
5.2.3. Har leverandøren en arbeidsrett etter å ha utstedt krav om endringsordre?	23
5.2.4 Bør NF 07 inneholde en "deemed"- regel for å effektivisere selskapets svarplikt etter 16 (2)?	25
5.3. Selskapet forholder seg taus til leverandørens varsel om bristende forutsetninger	27
5.3.1. Leverandøren tolker sin kontraktsrettslige posisjon galt	28
5.3.2. Er leverandørens pretensjon av at det foreligger en situasjon som gir ham rett på endringsordre, avgjørende?	30
5.3.4. Kan selskapet tape sine innsigelser mot leverandørens krav ved å forholde seg taus til leverandørens varsel om forutsetningssvikten?	34
5.4. Leverandøren varsler ikke selskapet om forutsetningssvikten	38

5.4.1. Kan leverandøren tape sin rett til å gjøre gjeldende at det foreligger en relevant bristende forutsetning, dersom han lar være å varsle selskapet om forholdet?	38
6.0. Avsluttende kommentarer	41
7.0. Litteraturliste:	43

Problemstilling:

Håndteringen av bristende forutsetninger under NF 07.

1.0 Innledning:

1.1. Emne og Problemstilling

Problemstillingen i oppgaven er hvordan Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007¹ håndterer tilfeller av bristende forutsetninger. En bristende forutsetning foreligger dersom det underveis i kontraktsavviklingen inntreffer et uventet forhold som gjør at oppfyllelse av partenes kontraktsforpliktelser blir vanskeligere enn forventet. Den part som rammes av forutsetningssvikten må dermed yte mer for å oppfylle kontraktsmessig, hvis ikke kommer han i mislighold. Imidlertid gjelder ikke dette utgangspunktet dersom den andre parten etter den ulovfestede læren om bristende forutsetninger bærer risikoen for at den aktuelle forutsetningen svikter. Da har den part som rammes av den relevante forutsetningssvikten ikke lenger en plikt til å oppfylle kontraktsforpliktelsen ved at denne er bortfalt eller modifisert.² Nærmere om hva som er det materielle innholdet i forutsetningslæren vil bli behandlet i kapittel 4. Oppgavens problemstilling knytter seg imidlertid hovedsakelig til de prosessuelle sider ved at det inntreffer en bristende forutsetning under avviklingen av en fabrikasjonskontrakt.

NF 07 er en standardkontrakt som gjelder "større oppdrag om fabrikasjon for leveranser til norsk kontinentalsokkel".³ Kontrakten er fremforhandlet av Norsk Hydro ASA og Statoil ASA som talsmenn for selskapets interesser og Teknologibedriftens Landsforening som representant for leverandørens interesser.⁴ Kontrakten inneholder et omfattende endringssystem som gir selskapet en vidtrekkende kompetanse til ensidig kunne endre leverandørens kontraktsforpliktelser underveis i kontraktsforholdet.⁵ Kontrakten gir da leverandøren krav på justering av tid eller pris, forutsatt at han har fulgt endringssystemets formelle prosedyrer som er fastsatt i artikkel 12-16. NF 07 inneholder bestemmelser som regulerer spesifikke former av forutsetningssvikt og

¹ Heretter vil NF 07 bli brukt som forkortelse

² Jan Einar Barbo, *Kontraktsomlegging i entrepriserforhold*, Oslo 1997 side 295

³ NF 07, Protokoll nr. 1

⁴ Knut Kaasen, *PETROLEUMSKONTRAKTER med kommentarer til NF 05 og NTK 05*, Universitetsforlaget 2006 side 19

⁵ Kaasen 276

som dermed hjemler kontraktsrevisjon ved å henvise til endringssystemets regler.⁶ Et eksempel på slik regulering er artikkel 5.1. som slår fast at selskapet har den økonomiske risikoen dersom det skjer uforutsette regelendringer etter kontraktsinngåelsen som endrer leverandørens plikter etter kontrakten.

NF 07 har imidlertid ingen materiell bestemmelse som gir hjemmel for kontraktsrevisjon i tilfeller der leverandørens plikter etter kontrakten påvirkes av en bristende forutsetning. Oppgavens problemstilling knytter seg dermed til spørsmålet om endringssystemet likevel i visse tilfeller kan kobles inn og håndtere tilfeller av bristende forutsetninger, eller om partene må falle tilbake på bakgrunnsretten når spørsmålet om forutsetningens relevans og dens eventuelle rettsvirkninger skal fastlegges.

1.2. Rettskilder og metode

Petroleumskontrakter er et særskilt område innenfor kontraktsretten og det er dermed kontrakten som er den sentrale rettskilde. Rettsspørsmål må dermed løses med grunnlag i en tolkning av kontraktens ordlyd etter alminnelige prinsipper for avtaletolkning.⁷ Siden NF 07 er en standardkontrakt er det sentrale hva som følger av en objektivt fortolkning av kontraktens ordlyd. Den subjektive partsvilje har dermed mindre vekt som tolkningsfaktor, siden kontrakten er fremforhandlet av profesjonelle parter som er andre enn de parter som faktisk inngår avtale etter standarden.⁸ De hensyn som ligger til grunn for utformingen av kontrakten er også relevante ved tolkningen.

Det finnes ingen forarbeider til NF 07. Imidlertid er det klart at kontraktskonsipistenes syn på kontraktens bestemmelser vil være relevant ved tolkningen og utfylling av kontrakten der disse kan oppdrives.⁹ Høyesterett la i Rt. 1991 side 719 vekt på forarbeidene til en standardkontrakt til støtte for sitt resultat, noe som viser at forarbeider vil ha rettslig betydning.¹⁰

Standardkontrakter vil som regel være utførlig regulerte, og ofte vil kontraktsbestemmelsene gi anvisning på løsninger som avviker fra bakgrunnsretten. Dette innebærer at bakgrunnsretten ofte vil ha begrenset

⁶ Kaasen 305 og 308

⁷ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsretten*, 2 utgave, Oslo 2003 side 42-43

⁸ Kaasen side 54

⁹ Kaasen side 55

¹⁰ Kaasen 55

betydning.¹¹ Imidlertid regulerer NF07 i liten grad tilfeller av bristende forutsetninger noe som innebærer at bakgrunnsretten på kontraktrettens område er sentral for oppgavens problemstilling.

Lov 13. mai 1988 om kjøp har i utgangspunktet relevans for NF 07 ved at leverandøren "skal skaffe en vesentlig del av materialet" til tilvirkningen, som er et vilkår for kjøpslovens anvendelse, jfr. kjøpslovens § 2.1. Likevel er betydningen av loven begrenset fordi fabrikkasjonskontraktene skiller seg vesentlig fra den typiske kjøpsavtale.¹² Kjøpsloven kodifiserer imidlertid en rekke ulovfestede kontraktsrettslige prinsipper som gjør seg gjeldende ved tolkningen og utfyllingen av NF 07.¹³

Det er mye som tyder på at det er i ferd med å utvikle seg en egen og særpreget kontraktsrett på området for petroleumskontrakter.¹⁴ Fabrikkasjonskontraktene har også flere likhetstrekk med entreprisestandardene og skipsbyggingskontraktene. De regulerer alle større tilvirkningsoppdrag, og inneholder alle et endringssystem. Det foregår i stor grad "fri flyt" av rettskilder mellom disse rettsområdene.¹⁵ Rettspraksis og kontraktspraksis fra disse områdene er dermed relevante rettskilder for kontrakter inngått under NF 07. Særlig innenfor entrepriseretten er rettspraksis omfattende, og Høyesterett har avsagt en rekke avgjørelser på området.¹⁶

Rettspraksis på petroleumsrettens område er derimot beskjeden, og det er kun underrettsavgjørelser og voldgiftsdommer som er blitt avsagt på området.¹⁷ NF 07 inneholder også et ekspertssystem som gir en oppnevnt ekspert kompetanse til å ta stilling til uenighet knyttet til om et arbeid utgjør en endring. Disse avgjørelsene er midlertidige, men erfaring viser at nesten ingen av dem blir overprøvd av høyere rettslige instanser. Flere av disse ekspertavgjørelsene er utgitt i Petrlus som er gitt ut av Institutt for Sjørett ved Universitet i Oslo i 1999. Selv om underrettsavgjørelser, voldgiftsdommer og ekspertavgjørelser har begrenset vekt

¹¹ Amund Bjøranger Tørum, "Sammenlignende analyser av fabrikkasjon og entreprisere – illustrert med endrings – og varslingsreglene og arbeidsplikten", *Tidsskrift for forretningsjus*, 2010 s 147-194 (s.154-155)

¹² Kaasen 52-53

¹³ Kaasen side 53

¹⁴ Kaasen side 54

¹⁵ Tørum side 152

¹⁶ Tørum (side 152-153)

¹⁷ Kaasen side 57

som rettskildefaktor, vil likevel argumentasjonsverdien av dem kunne være stor. De kan dermed være med på å belyse rettskildebildet for fabrikasjonskontrakter.¹⁸

Avtaleloven er også relevant som bakgrunnsrett. Lovens § 36 gir hjemmel for etterfølgende kontraktsrevisjon i likhet med læren om bristende forutsetninger. Imidlertid gir Høyesterett i Rt. 1999 s. 922 (Salhusbrodommen) uttrykk for at læren om bristende forutsetninger er et mer nærliggende rettslig grunnlag for kontraktsrevisjon av standardkontrakter. Førstvoterende begrunner dette med at avtalelovens § 36 legger opp til mer generelle rimelighetsbetraktninger, som det er lite rom for å legge vekt på i standardkontrakter.¹⁹

Relevant juridisk teori for oppgaven er særlig Knut Kaasen sin bok "Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05", samt Jan Einar Barbo sin bok "Kontraktsomlegging i entrepriserforhold". Oppgavens problemstilling belyses i begge bøkene. Også juridisk teori knyttet til den generelle kontraktsretten samt entrepriseretten, vil være relevant som rettskilde for fabrikasjonskontrakter.²⁰

1.3. Avgrensning av oppgaven

Oppgavens hovedproblemstilling knytter seg til de prosessuelle aspekter ved at det foreligger en bristende forutsetning som påvirker leverandørens kontraktsforpliktelser. Det avgjørende for de problemstillinger som drøftes i oppgaven er dermed leverandørens pretensjon om at det har inntrådt en relevant bristende forutsetning. Dette betyr at oppgaven i liten grad fokuserer på de materielle spørsmål knyttet til når det foreligger en relevant bristende forutsetning.

En videre konsekvens av denne avgrensningen er at oppgaven ikke behandler kontraktsbrudd. Et kontraktsbrudd foreligger der den ene part ikke oppfyller kontraktsmessig, og ikke kan vise til at dette skyldes forhold den andre part har risikoen for. Dette innebærer at leverandøren vil være i mislighold der hans påstand om at forutsetningen er relevant ikke fører fram, fordi han da hadde en plikt til å oppfylle kontraktsmessig. Også tilfeller av selskapets kontraktsbrudd holdes utenfor oppgaven.

Oppgaven avgrenses videre mot kontraktens regulerte former av forutsetningssvikt. Herunder uforutsette forstyrrelser fra selskapets representant, jfr. Art.3 regelendring, jfr. Art 5 og force majeure, jfr. art 28.

Videre avgrenses oppgaven mot avtalelovens § 36 og de tilfeller hvor det kan være naturlig å basere kontraktsrevisjon på dette rettsgrunnlag.

¹⁸ Kaasen side 57-58

¹⁹ Rt. 1999 s. 922 (s. 10 i utskriftsformat)

²⁰ Kaasen side 59

En forutsetning som ligger til grunn for oppgaven er at hvem som bærer risikoen for forutsetningssvikten ikke kan plasseres med grunnlag i avtaletolkning. Utgangspunktet for drøftelsene er dermed at det er læren om bristende forutsetninger som er det rettslige grunnlaget for risikoplasseringen. Dermed holdes den potensielle problemstilling som gjelder grensedragningen mellom avtaletolkning og læren om bristende forutsetninger utenfor oppgaven.

1.4. Oppgavens videre fremstilling.

I kapittel 2 vil det bli gitt en generell innføring i endringssystemets mekanismer og de hensyn som begrunner dette. Det er hensiktsmessig med en generell innføring i kontraktens endringssystem og vilkårene for dets anvendelse for å oppnå en bedre forståelse for de problemstillinger oppgaven reiser.

Kapittel 3 behandler spørsmålet om risikoplassering. Bakgrunnsrettens prinsipper om risikoplassering samt NF 07 sin regulering av risikoplassering har betydning for hvorvidt en forutsetningssvikt er relevant.

Videre vil læren om bristende forutsetninger bli nærmere behandlet i kapittel 4. I og med at oppgavens problemstillingen konsentreres om de prosessuelle sider av at det inntreffer en bristende forutsetning, vil det materielle innholdet i forutsetningslæren kun i begrenset grad bli behandlet. I punkt 4.2. redegjøres det for rettsvirkningene av at det foreligger en relevant bristende forutsetning.

Oppgavens hovedproblemstilling vil bli behandlet i detalj i kapittel 5. Her vil en rekke problemstillinger som kan oppstå i forlengelsen av at leverandøren oppdager en bristende forutsetning under kontraktsavviklingen drøftes. Problemstillingene vil både knytte seg til tilfeller hvor endringssystemet kobles inn og håndterer den bristende forutsetningen, og situasjoner der partene må falle tilbake på bakgrunnsretten når rettsspørsmål knyttet til forutsetningssvikten skal løses.

2.0. Endringssystemet i NF 07

2.1. Introduksjon av oppgavens problemstilling.

Når det i kontraktsavviklingen under NF 07 inntreffer en bristende forutsetning som påvirker leverandørens kontraktsforpliktelser, så oppstår spørsmålet om hvilken betydning dette får for leverandørens krav på kontraktsrevisjon og for den videre framdriften i prosjektet.

Dette kan illustreres med et eksempel:²¹ Dersom leverandøren under sammenkoblingen av en skjøt mellom to rør oppdager at skjøten ikke kan strammes

²¹ Eksempelet er hentet fra en Masteroppgave ved UIO, *Forutsetningslærens plass i NF/NTK 07 – Forholdet til kontraktenes endringssystem*, ved Universitet I Oslo.

slik at den blir tett, og dette viser seg å være på grunn av at stålqualiteten i boltene er for dårlig, foreligger det en bristende forutsetning som påvirker leverandørens kontraktsforpliktelse om å sammenkoble skjøten. Leverandøren må da skifte ut boltene og erstatte disse med nye bolter av riktig stålqualitet, for at skjøten skal kunne strammes tilstrekkelig. I slike situasjoner vil det ofte oppstå uenighet mellom partene om hvem som bærer risikoen for at forutsetningen svikter, og som således må betale for innkjøp av nye bolter og monteringen av disse.

Når slike tvister oppstår under kontraktsavviklingen vil det kunne være av avgjørende betydning for leverandørens krav på justering av tid og vederlag samt framdriften i prosjektet, om kontraktens endringssystem kobles inn. Dette skal vi se nærmere på i kapittel 2.3., men først skal det redegjøres for de hensyn som begrunner endringssystemet i NF 07.

2.2. Hensyn som begrunner endringssystemet

NF 07 inneholder et velutviklet og omfattende endringssystem som gir selskapet en ensidig rett til å pålegge leverandøren endringer av hans opprinnelige kontraktsforpliktelser etter kontraktsinngåelsen. Det er selskapets behov for fleksibilitet i kontraktsperioden som begrunner denne retten.

Fabrikasjonskontraktene er omfattende og de løper som regel over flere år. Byggearbeidet starter ofte før prosjekteringen er ferdig, og det skjer dermed ofte at selskapets krav til leverandørens arbeid endres underveis. Nye materialer og arbeidsmetoder blir tilgjengelige som selskapet ønsker å benytte seg av. Det er da viktig at selskapet kan pålegge leverandøren de nødvendige endringer for å sikre at oppfyllelse skjer på den mest hensiktsmessige måte. Også det faktum at det ofte vil være vanskelig å regulere alle forhold i detalj allerede på prosjekteringsstadiet, tilsier et behov for endring.²² I tillegg har selskapet et helt overordnet behov for å få "riktig ting til riktig tid", noe som kan nødvendiggjør endringer hvor det eksempelvis viser seg vanskelig å holde fremdriftsplanen.²³

For leverandøren vil selskapets vide endringskompetanse medbringe usikkerhet rundt de kontraktsforpliktelser han ved kontraktsinngåelsen påtar seg. Imidlertid er leverandørens overordnede formål med kontrakten å tjene penger, slik at endringer vil være akseptabelt for leverandøren såfremt han sikres kompensasjon for det merarbeid selskapet pålegger ham å utføre.²⁴ Dermed gir kontrakten regler som

27.04.2009

<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22194/91128.pdf?sequence=1>

²² Kaasen side 271-273 og Barbo side 29-30,

²³ Kaasen side 302

²⁴ Kaasen side 302

sikrer at leverandøren har krav på justering av tid og vederlag der han pålegges arbeid som ligger utenfor kontraktens rammer.²⁵ Dette sikrer at den kommersielle balanse som lå til grunn for kontraktsinngåelsen opprettholdes.²⁶ Endringsreglene gir også anvisning på beregning av tilleggsvederlaget slik at leverandøren sikres forutberegnelighet på dette punkt, samtidig som kontrakten har regler om eventuelt midlertidig betaling for å sikre leverandøren likviditet underveis.²⁷

Selskapets endringskompetanse svekker også partenes forutberegnelighet i kontraktsforholdet. Ofte vil det være uenighet mellom partene om et arbeidspålegg utgjør en endring eller ikke, og det vil være uheldig for selskapet dersom alle krav leverandøren mener å ha mot selskapet først blir gjort gjeldende ved sluttoppgjøret. Kontraktskonsipistene har forsøkt å bøte på dette ved å innføre et prosessuelt system for å sikre effektiv kontraktsadministrasjon. Kontrakten stiller dermed krav om at leverandøren må fremsette krav om endringsordre innen en preklusiv frist for å ha sin rett på justering av tid og vederlag i behold.²⁸ For selskapet er det viktig å få en tidlig avklaring av om det pålagte arbeidet utgjør en endring, slik at selskapet eventuelt kan ta stilling til endringens betydning for tid og vederlag, og foreta eventuelle kostnadsbegrensende tiltak.²⁹ Selskapet kan ofte se det som nødvendig og ønskelig å trekke instruksene tilbake når de ser at arbeidet faktisk utgjør en endring. Hensynet til selskapets kostnadskontroll og behov for prosjektstyring er dermed viktig, og disse hensynene begrunner i stor grad de strenge preklusjonsreglene som er inntatt i NF 07.³⁰

Selv om preklusjonsreglene til tider kan virke i overkant formalistiske, og dermed føre til urimelige resultater for leverandøren, er det klart at det er et grunnleggende behov for regler som sikrer en formell og effektiv kontraktsadministrasjon i NF 07. Slike regler sikrer at uenighet knyttet til om et arbeid utgjør en endring identifiseres og håndteres på et tidlig stadium, og forhindrer at tvister som oppstår underveis i kontraktsavviklingen skader prosjektets fremdrift.³¹

²⁵ Barbo side 37

²⁶ Kaasen side 273 og 290

²⁷ Tørum (side 174) og Kaasen side 274

²⁸ Tørum (side 165-166)

²⁹ Kaasen side 274

³⁰ Tørum (side 165)

³¹ Barbo side 38-40

2.3. Endringssystemets oppbygning

Kjerneområdet for endringssystemet er ønskede og tilsiktede endringer fra selskapets side.³² Etter artikkel 12.1. kan selskapet "gi pålegg om slike Endringer av Arbeidet" som de finner ønskelige. Imidlertid skal selskapet også benytte seg av endringssystemet hvor det underveis i kontraktsavviklingen oppstår uønskede og utilsiktede forhold som nødvendiggjør en endring av leverandørens kontraktsforpliktelser.³³

For å illustrere med eksempelet ovenfor: Selskapet er av den oppfatning at de bærer risikoen for at stålqualiteten i boltene er for dårlig. Dette fordi selskapet var ansvarlig for prosjekteringen og således har bestemt hvilke bolter som skal benyttes til å sammenkoble skjøten. Dermed vil det være en endring av leverandørens kontraktsforpliktelser dersom leverandøren skal anskaffe og montere nye bolter. Det følger av artikkel 14.1. at "Alle Endringer av Arbeidet foretas ved Endringsordre"³⁴ utstedt av Selskapet etter reglene i denne artikkel". Selskapet må dermed utstede en endringsordre for at leverandøren skal få en plikt til å utføre arbeidet.

Når leverandøren mottar en endringsordre fra selskapet "skal Leverandøren uten ugrunnet opphold iverksette denne", jfr. artikkel 15.1. Artikkel 15.1. fastslår den såkalte "hoppeplikten" for leverandøren og innebærer at leverandøren er i mislighold dersom han ikke uten ugrunnet opphold utfører arbeidet i instruksene.³⁵ Utstedelse av endringsordre fra selskapet gir til gjengjeld leverandøren krav på justering av tid eller vederlag. Av artikkel 15.2. fremgår det at dersom partene er "uenige om endringens virkning for Kontraktprisen, skal Selskapet betale Leverandøren et foreløpig vederlag beregnet etter art.13.2." Dersom endringen har betydning for fremdriftsplanen og partene er uenige om virkningen slår art. 15.3. fast at "begge parter syn, herunder eventuelle forbehold, [skal] fremgå av Endringsordren."

Endringsorden utgjør dermed en rød tråd gjennom hele endringssystemet, ved at det er denne som er koblingssentralen mellom selskapets pålegg om endring og leverandørens krav på justering av tid og vederlag.³⁶

Som eksempelet ovenfor illustrerer kommer ikke oppgavens problemstilling på spissen i tilfeller hvor selskapet er av den oppfatning at de selv bærer risikoen for

³² Kaasen side 270

³³ Kaasen side 270 og 303

³⁴ Variation Order, VO vil bli brukt som forkortelse

³⁵ Kaasen side 283

³⁶ Kaasen side 269-270

den bristende forutsetningen. Dette fordi selskapet gjennom å utstede en endringsordre kobler inn endringssystemet slik at endringsreglene står for den videre håndteringen av forutsetningssvikten. Imidlertid kan situasjonen bli en annen i de tilfeller hvor partene er uenige om hvem som bærer risikoen for den bristende forutsetningen.

For å spille videre på eksempelet ovenfor kan det tenkes at kontrakten er taus om hvem av partene som bærer risikoen for at stålkvaliteten i boltene er for dårlig. Partene vil da være uenige om hvem som skal bære vederlagsrisikoen³⁷ for at forutsetningen svikter. Kontrakten gir også selskapet muligheten til å pålegge leverandøren å utføre et arbeidet, selv om partene er uenige om det utgjør en endring av leverandørens plikter etter kontrakten.³⁸ Dette er for å forhindre at tvister knyttet til om et arbeidspålegg utgjør en endring eller ikke, skal føre til stans i arbeidet. Selskapet kan i slike tilfeller gi leverandøren et arbeidspålegg ved instruks, jfr. artikkel 16.1. Artikkel 16 slår fast at: "Selskapets Representant kan, ved skriftlig instruks eller ved møtereferat undertegnet eller skriftlig bekreftet av ham, fremsette krav om utførelse av et nærmere bestemt arbeid.", jfr. Art 16.1. Det er dermed artikkel 16 som er inngangsporten til endringssystemet i tilfeller hvor det oppstår bristende forutsetninger under kontraktsavviklingen og partene er uenige om hvem som bærer risikoen for at forutsetningen svikter.

Dersom leverandøren mener at det pålagte arbeidet fastsatt i instruksjonen går utover hans kontraktsforpliktelser så skal han "fremsette Endringsordrekrav"³⁹ til selskapet, jfr. art. 16.1.2 setning. Av 16.1.2. fremgår det at leverandøren må fremsette endringsordrekravet "uten ugrunnet opphold" etter å ha mottatt selskapets instruks etter 16.1.1. Dette er en preklusjonsregel og innebærer at leverandøren taper sin rett dersom han ikke fremmer kravet på endringsordre innen fristen.⁴⁰

Når selskapet mottar et endringsordrekrav fra leverandøren skal de "innen rimelig tid enten utstede Endringsordre etter reglene i art.14 eller en Omtvistet Endringsordre", jfr. 16.2. Dersom selskapet er uenig med leverandøren i at arbeidet utgjør en endring av hans plikter etter kontrakten skal de svare med en omtvistet endringsordre.⁴¹ Er selskapet derimot enig i at arbeidet utgjør en endring etter å ha satt seg inn i leverandørens endringsordrekrav, skal de fremme en vanlig endringsordre. Det ligger i selskapets ensidig instruksjonsmyndighet at de også kan

³⁸ Kaasen side 276-277

³⁹ Variation Order Request, VOR vil bli brukt som forkortelse i oppgaven

⁴⁰ Kaasen side 424

⁴¹ Disputed request order, DVO vil bli brukt som forkortelse i oppgaven

trekke instruksen tilbake dersom de ikke ønsker arbeidet utført etter at leverandøren har gitt uttrykk for at arbeidet gir dem rett på tilleggsvederlag eller fristforlengelse.⁴² Dersom selskapet svarer med en DVO skal leverandøren iverksette arbeidet umiddelbart, jfr. Art 16.2. 2 ledd. En DVO pålegger dermed leverandøren en arbeidsplikt i likhet med en VO.

Kontrakten inneholder også et ekspertssystem som åpner for at en profesjonell tredjepart midlertidig kan avgjøre tvister mellom partene som gjelder spørsmålet om det foreligger en endring eller ikke, jfr. Art 16.3. Etter ordlyden er det kun "leverandøren (som) kan kreve at spørsmålet om hvorvidt arbeid under en Omtvistet Endringsordre er en del av Arbeidet, skal avgjøres foreløpig av en ekspert.". Grunnen for at kontrakten gir leverandøren denne muligheten er at selskapet gjennom en DVO pålegger leverandøren en arbeidsplikt, til tross for at det er uenighet knyttet til hvorvidt det foreligger en endring. Det er dermed rimelig at leverandøren får en mulighet til å kreve en rask og midlertidig avgjørelse av om arbeidet utgjør en endring eller ikke, som kan gi ham krav på justering av tid og vederlag dersom hans materielle standpunkt er riktig.⁴³ Dersom eksperten gir leverandøren medhold i at arbeidet utgjør en endring skal den omtvistede endringsordren behandles som en vanlig endringsordre fram til ekspertavgjørelsen på et senere tidspunkt eventuelt blir overprøvd av en domstol, jfr. 16.4. Leverandøren sikres dermed midlertidig likviditet. Omvendt skal arbeidet anses for å ligge innenfor leverandørens kontraktsforpliktelser dersom eksperten gir selskapet medhold i sin påstand, jfr. 16.4. 2 ledd.⁴⁴

3.0. Risikoplassering ved bristende forutsetninger

3.1. Hovedregelen om risikoplassering etter bakgrunnsretten

Hovedregelen etter norsk rett er at enhver bærer risikoen for egne forutsetninger.⁴⁵ Det vanlige er at risikoen følger partenes funksjonsfordeling.⁴⁶ Det er imidlertid klart at partene i kraft av avtalefriheten selv kan kontraktsregulere hvem som skal bære risikoen for ulike forutsetninger.⁴⁷ NF 07 regulerer til en viss grad slik risikoplassering, som vi skal se nedenfor. Imidlertid vil det være umulig for partene

⁴² Kaasen side 439

⁴³ Kaasen side 452

⁴⁴ Kaasen side 296

⁴⁵ Hagstrøm side 154

⁴⁶ Hagstrøm 333

⁴⁷ Hagstrøm side 275

ved kontraktsinngåelsen å regulere alle tenkelige forutsetninger som kan svikte i avtaleforholdet. Læren om bristende forutsetninger er dermed relevant som rettslig grunnlag for kontraktsrevisjon i fabrikasjonskontrakter.

3.2. Kontraktens risikoplassering

Også i NF 07 følger risikoplasseringen langt på vei funksjonsfordelingen mellom partene. Imidlertid er funksjonsfordelingen i fabrikasjonskontrakter mer sammensatt enn i vanlige kjøps- og tilvirkningskontrakter.⁴⁸

Leverandøren har ansvaret for realytelsen og bærer i utgangspunktet risikoen knyttet til tilvirkningen av kontraktsgjenstanden og at denne leveres til avtalt tid.⁴⁹ Dette innebærer at leverandøren som hovedregel har ansvaret for fremdriften i prosjektet⁵⁰ og dermed risikoen for eventuelle omkostninger som kreves for at arbeidet blir utført i samsvar med fremdriftsplanen.⁵¹

Selskapets sentrale kontraktsforpliktelser er å betale kontraktsprisen, jfr. art 20, stå for prosjekteringen samt levere diverse naturalytelser.⁵² Det er normalt selskapet som har ansvaret for prosjekteringen når partene anvender NF 07, men det er ikke uvanlig at leverandøren også står for eller medvirker til en del av prosjekteringen.⁵³

Selskapets risiko for de kontraktsforpliktelser han er pålagt etter kontrakten modifiseres av leverandørens undersøkelsesplikt som er fastslått i artikkel 6.⁵⁴ Det følger av artikkel 6.1. at "Leverandøren skal søke etter mangler og uoverensstemmelser i selskapets Tegninger og Spesifikasjoner." Videre må leverandøren foreta en visuell undersøkelse av selskapets leveranser, jfr. art 6.2. Dersom leverandøren ikke overholder denne undersøkelsesplikten følger det av art.6.3. at leverandøren må bære de ekstra omkostninger selskapet påføres som følge av for sen eller manglende varsling. Leverandøren kan dermed bli pålagt å måtte være med å betale for mangler og uoverensstemmelser som skyldes selskapet.⁵⁵

⁴⁸ Hagstrøm side 40 og 333

⁴⁹ Kaasen side 578

⁵⁰ Kaasen side 223

⁵¹ Kaasen side 244

⁵² Kaasen side 137

⁵³ Kaasen side 137-138, 143

⁵⁴ Kaasen side 144

⁵⁵ Kaasen side 137

Kontraktens regulerte funksjonsfordeling gir veiledning når det oppstår en bristende forutsetning, ved at funksjonsfordelingen danner utgangspunktet for hvem som er nærmest til å bære risikoen for at forutsetningen svikter.

4.0. Læren om bristende forutsetninger

4.1. Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger

Hovedregelen om at partene bærer risikoen for egne forutsetninger er kun et utgangspunkt ved at det er sikker rett at dette ansvaret begrenses gjennom læren om bristende forutsetninger, jfr. Rt.1999 s. 922.⁵⁶ Læren om bristende forutsetninger gir hjemmel for kontraktsrevisjon der uventede forhold nødvendiggjør omlegging av de kontraktsforpliktelser partene påtok seg da kontrakten ble inngått.⁵⁷ Forutsetningslæren har dype røtter i norsk kontraktsrett og er utviklet gjennom langvarig rettspraksis, jfr. blant annet Salhus Flytebro dommen Rt.1999 s. 922.

Saken gjaldt et entrepriseoppdrag om bygging av en flytebro over Salhusfjorden. Spørsmålet var hvem av partene som skulle bære risikoen for at det høyfaste stålet som ble brukt til å sveise flytebroen med viste seg å ha for dårlig kvalitet slik at det oppstod sprekkdannelser i sveisen. Det følger av dommen at tre vilkår må være oppfylt for at en bristende forutsetning skal være relevant og dermed tillegges rettsvirkninger.

For det første må forutsetningen ha vært vesentlig for den rammede part. I dette ligger at forutsetningen må ha vært motiverende for hans løfte om oppfyllelse av kontraktsforpliktelsen. For det andre må forutsetningen ha vært synbar for løftemottakeren. Løftemottakeren må altså ha forstått eller burde ha forstått at den aktuelle forutsetningen var vesentlig for løftegiver, og at han ikke ville avgitt løftet hadde han visst at det uventede forholdet skulle inntreffe. For det tredje må det foretas en konkret vurdering av hvorvidt forutsetningen anses som relevant. Vurderingen bygger særlig på spørsmålet om hvem av partene som er nærmest til å bære risikoen for at forutsetningen svikter.⁵⁸ Et annet sentralt moment vil være om den part som rammes av forutsetningssvikten kunne ha forutsett forholdet ved avtaleinngåelsen.⁵⁹

Høyesterett vurderte disse tre vilkårene i Rt.1999 s.922 dommen og la til grunn at entreprenørens forutsetning om at sveisingen av det høyfaste stålet ville gå som

⁵⁶ Rt.1999 s.922 (side 9 i utskrift format)

⁵⁷ Hagstrøm side 258 og 260

⁵⁸ Rt.1999 side 922 (side 9 i utskrift format)

⁵⁹ Kaasen side 311

normalt, var motiverende for hans løfte om å bygge flytebroen. Videre var forutsetningen synbar for byggherren. Imidlertid mente Høyesterett at forutsetningen ikke var relevant. I relevansvurderingen la flertallet vekt på at KEUM var nærmere til å bære risikoen for at den aktuelle forutsetningen sviktet ved at det var de som valgte hvilken sveisemetode som skulle anvendes. Videre la førstvoterende vekt på at KEUM hadde et av landets fremste ekspertise på området, og at byggherren dermed hadde grunn til å stille høye krav til utførelsen av prosjektet og at de foretok den nødvendige prekvalifisering. Etter en gjennomgang av informasjon i håndbøker om sveisemetoder mente Høyesterett også at det ikke var helt uforutsigbart for KEUM at det kunne oppstå problemer med sveisingen av det høyfaste stålet, og dermed at for og ettervarme kunne bli aktuelt. Høyesterett konkluderte med at KEUM var nærmere til å bære risikoen for at forutsetningen sviktet. KEUM hadde dermed ikke krav på tilleggsvederlag for de tilleggs kostnader som gikk med til for og ettervarming av stålet for å forhindre sprekkdannelser.⁶⁰

4.2. Rettsvirkningene av at det foreligger en relevant bristende forutsetning

Når det inntreffer en relevant bristende forutsetning i et kontraktsforhold oppstår spørsmålet om hva som er rettsvirkningen av forutsetningssvikten.

En bristende forutsetning innebærer at partenes plikter øker, fordi forutsetningssvikten gjør at oppfyllelse av kontraktsforpliktelsen blir mer byrdefull enn forutsatt ved kontraktinngåelsen.⁶¹ Dersom forutsetningssvikten er selskapets risiko etter læren om bristende forutsetninger innebærer det at leverandøren ikke har en plikt til å utføre mer arbeid for å overkomme konsekvensene av forutsetningssvikten. Merarbeidet ligger således utenfor leverandørens plikter etter kontrakten og leverandøren kommer således ikke i mislighold selv om oppfyllelsen av den rammede kontraktsforpliktelsen blir mangelfull.⁶²

Dermed er det grunnleggende utgangspunkt at en relevant bristende forutsetning enten gjør at avtalen bortfaller eller at kontraktsforpliktelsen modifiseres.⁶³ I fabrikkasjonskontrakter vil det i praksis sjelden være aktuelt med bortfall av kontrakten i sin helhet. Dette fordi leverandøren har flere kontraktsforpliktelser overfor selskapet og forutsetningssvikten vil normalt kun en av disse. Dermed vil det i praksis bli tale om en modifisering av den rammede kontraktsforpliktelsen. I denne sammenheng må det påpekes at det kun er den rammede kontraktsforpliktelse som modifiseres, leverandørens øvrige plikter etter

⁶⁰ Rt.1999 side 922

⁶¹ Kaasen side 309

⁶² Barbo side 314

⁶³ Barbo side 314 og Kaasen side 314

kontrakten står som ved kontraktsinngåelsen. Leverandøren har således en plikt til å stå ved kontrakten i dens modifiserte form.⁶⁴

Et spørsmål som oppstår i denne sammenheng er hva som ligger i at kontraktsforpliktelsen modifiseres.

Å modifisere noe kan bety å lempe, dempe eller tilpasse noe til et forhold. Og det er nettopp det som er utgangspunktet når en kontraktsplikt blir modifisert, ved at kontraktsforpliktelsen justeres i samsvar med den relevante forutsetningssvikten.⁶⁵ Det normale er da at kravene til kontraktsforpliktelsen nedjusteres.⁶⁶

For å illustrere kan voldgiftsavgjørelsen RG.1992 side 728 (Tiranna-dom II) nevnes. Statens Forurensningstilsyn inngikk en avtale med en entreprenør (Neergaard) om å fjerne olje fra det forliste skipet Tiranna. Oljen som skulle pumpes ut viste seg underveis i kontraktsavviklingen å ha en mye fastere konsistens enn forutsatt ved avtaleinngåelsen. Den ordinære pumpe metoden som var forutsatt brukt mellom partene fungerte således ikke til å fjerne den resterende oljen. Skulle resten av oljen fjernes var det nødvendig å ta i bruk andre og dyrere metoder. Entreprenøren innstilte arbeidet og krevde tilleggsvederlag av Statens Forurensningstilsyn for å utføre det ekstra arbeidet. Spørsmålet var således hvem av partene som hadde risikoen for at oljen ikke lot seg pumpe ut på ordinært vis.⁶⁷

Voldgiftsretten la til grunn at entreprenøren kunne inngå avtaler basert på den forutsetning at forholdene var normale ut fra en vurdering av tilgjengelige data og viste til deklarasjonsrett på entrepriserettens område. Forutsetningssvikten var således relevant og leverandørens kontraktsforpliktelse om å fjerne oljen var følgelig modifisert. Entreprenøren hadde dermed ikke en plikt til å fjerne den resterende oljen ved å ta i bruk dyrere metoder, fordi dette lå utenfor hans opprinnelige kontraktsforpliktelse. Entreprenøren hadde dermed krav på tilleggsvederlag skulle han få en plikt til å fjerne den resterende oljen.⁶⁸

Imidlertid kan det stilles spørsmål ved om en relevant bristende forutsetning også kan føre til en økning av partens kontraktsforpliktelse.

Det er diskutert i juridisk teori hvorvidt forutsetningslæren kan gi rettslig grunnlag for en økning av partenes kontraktsforpliktelser.⁶⁹ Den tradisjonelle oppfatning

⁶⁴ Kaasen side 314

⁶⁵ Hagstrøm side 262

⁶⁶ Barbo side 314

⁶⁷ RG.1992 side 728

⁶⁸ RG.1992 side 728

⁶⁹ Barbo side 314-315

synes å være at en relevant forutsetningssvikt ikke kan føre til at partenes kontraktsforpliktelser øker. Både Kaasen og Barbo gir i sine framstillinger uttrykk for at de anser dette for å være den klare hovedregel.⁷⁰

Barbo skriver: "Konklusjonen synes å måtte bli at læren om bristende forutsetninger ikke gir hjemmel for en etterfølgende omlegging av entreprisekontrakter i skjerpende retning. Forutsetningslæren kan i høyden benyttes til å modifisere omfanget av entreprenørens forpliktelse. Grunnlaget for entreprenørens eventuelle plikt til å utføre merarbeid, og dermed kravet på tilleggsvederlag, må følgelig finnes på annet hold."⁷¹

Det er også denne løsning som er i best samsvar med de hensyn som NF 07 tufter på. Med tanke på selskapets behov for kostnadskontroll og prosjektstyring er det helt avgjørende at leverandøren ikke på eget initiativ kan utvide sin opprinnelige kontraktsforpliktelse som følge av at det foreligger en relevant bristende forutsetning, og deretter kreve tilleggsvederlag for det ekstra arbeidet. Dersom forutsetningslæren hjemler en økning av leverandørens kontraktsforpliktelser, vil dette også innebære at selskapets plikter etter avtalen øker.⁷² Entreprenøren i Tiranna dommen kunne da fritt ha anvendt en dyrere metode for å pumpe ut den resterende oljen og kreve tilleggsvederlag fra SFT for merarbeidet. En slik løsning vil frata selskapet sin grunnleggende valgrett. Det er rimelig at selskapet som har vederlagsrisikoen selv kan bestemme om det vil stå ved den modifiserte avtalen eller om det vil betale mer for at leverandøren skal overkomme forholdet. Og dersom de ønsker at arbeidet skal utføres bør de få muligheten til å være med å beslutte hvilke arbeidsmetoder som skal benyttes.

Det legges dermed til grunn at en relevant bristende forutsetning ikke gir rettslig grunnlag for en økning av partens kontraktsforpliktelser. Skal leverandøren ha krav på tilleggsvederlag for utvidelse av sin opprinnelige kontraktsforpliktelse må han kunne vise til et annet rettslig grunnlag som hjemler en slik rett til pliktøkning.⁷³ Selskapet må således koble inn endringssystemet for at leverandøren skal få en rett og plikt til å utføre mer arbeid for å overkomme konsekvensene av forutsetningssvikten.

5.0. Håndteringen av bristende forutsetninger under NF 07.

⁷⁰ Kaasen 314 og fotnote 51 og Barbo 314-318

⁷¹ Barbo side 317-318

⁷² Barbo side 314

⁷³ Barbo side 318 og 358

5.1. Leverandøren varsler selskapet om den bristende forutsetningen.

I de tilfeller leverandøren varsler selskapet med påstand om at det foreligger en relevant bristende forutsetning kan selskapet reagere på tre måter. Selskapet kan enten velge å utstede en vanlig endringsordre, eller så kan de pålegge leverandøren å overkomme konsekvensene av forutsetningssvikten ved instruks, men det kan også tenkes at selskapet velger å forholde seg taus til innsigelsen.⁷⁴ Som påpekt i kapittel 2.3. vil det ikke oppstå noen problemer i anledning oppgavens problemstilling dersom selskapet velger å fremme en vanlig endringsordre, og denne mulighet vil dermed ikke bli drøftet i det videre. Det kan imidlertid oppstå en rekke problemstillinger i forlengelsen av at selskapet instruerer leverandøren om å overkomme konsekvensene av forutsetningssvikten, noe vi skal se på nedenfor.

5.2. Selskapet svarer med instruks.

Dersom selskapet er uenig i leverandørens påstand om at den bristende forutsetningen er selskapets risiko, men hvor de til tross for uenigheten ønsker at leverandøren skal overkomme konsekvensene av det uventede forholdet, kan selskapet instruere leverandøren om dette, jfr. artikkel 16.1. Selskapet kan også se det som hensiktsmessig å utstede en instruks i stedet for en vanlig endringsordre fordi de trenger mer tid til å ta stilling til risikospørsmålet. Når selskapet benytter instruksjonsmyndigheten fastsatt i artikkel 16.1. kobles således endringssystemet inn og regulerer den videre håndteringen av den bristende forutsetningen. For at selskapet skal kunne pålegge leverandøren et arbeid etter artikkel 16 må instruksjonen oppfylle vilkårene i artikkel 16.1. Instruksjonen må således være fremsatt skriftlig av selskapets representant og være et krav om "utførelse av et nærmere bestemt arbeid", jfr. 16.1.1. Det er kun når det foreligger gyldig instruks at leverandørens preklusjonsfrist for å fremsette et endringsordrekrav begynner å løpe, jfr. 16.1.2. Dette følger av ordlyden i 16.1.2. som slår fast at fristen løper fra "Selskapet har krevd et slikt arbeid utført på den måten som er nevnt i første avsnitt."

5.2.1. Situasjoner hvor selskapet forholder seg taus til leverandørens krav på endringsordre.

Det er ikke praktisk utenkelig at selskapet forholder seg taus til leverandørens VOR, eller velger å ta lang tid på å fremme sitt standpunkt vedrørende om den bristende forutsetningen utgjør en endring eller ikke. Det følger av art. 16.2. at selskapet "skal" svare på leverandørens endringsordrekrav "innen rimelig tid". Ordlyden av "skal" viser at selskapet har en plikt til å ta standpunkt til leverandørens VOR. Det vil således foreligge et kontraktsbrudd dersom selskapet forholder seg taus til leverandørens endringsordrekrav, etter artikkel 27.1.⁷⁵ Leverandøren har da krav på justering av tid og vederlag som reflekterer konsekvensene av selskapets sene

⁷⁴ Kaasen side 316-317

⁷⁵ Kaasen side 439

varsel, jfr. art 27.1. Imidlertid er ikke denne trusselen nødvendigvis tilstrekkelig til å tvinge selskapet til å ta standpunkt til selskapets VOR. Effekten av misligholdssanksjoner etter artikkel 27.1. beror langt på vei på av hvorvidt leverandøren har en arbeidsplikt og/eller arbeidsrett i perioden mellom endringsordrekrav er fremsatt fram til selskapet svarer med en vanlig eller omtvistet endringsordre. Dette skal vi se på nedenfor.

5.2.2. Har leverandøren en arbeidsplikt etter å ha utstedt krav om endringsordre?

Spørsmålet i det følgende er om leverandøren arbeidsplikt er suspendert i perioden fra han har fremsatt VOR til selskapet svarer med en DVO eller VO, eventuelt ved å trekke instruks tilbake.

Suspendert arbeidsplikt betyr at leverandøren kan la være med å utføre arbeidet i instruks fram til selskapet svarer med en DVO eller VO, uten å komme i mislighold selv om arbeidet senere skulle vise seg å være en del av leverandørens kontraktsforpliktelser.⁷⁶ Leverandøren fritas dermed fra rettsvillfarelsesrisikoen.⁷⁷, ved at plikten til å utføre arbeidet først inntreffer etter at selskapet har svart med en DVO eller VO.⁷⁸ Dermed vil leverandørens plikt til fremdrift også suspenderes i denne perioden.⁷⁹

Utgangspunktet for å fastlegge hvorvidt leverandørens arbeidsplikt er suspendert er en tolkning av artikkel 16.1. Ordlyden i artikkel 16.1. sier kun at leverandøren etter å ha mottatt instruks fra selskapet skal fremsette krav om endringsordre dersom han mener arbeidet utgjør en endring. Ordlyden er således taus om en eventuell arbeidsplikt for leverandøren.

Av artikkel 16.2.2 ledd fremgår det imidlertid at "ved mottagelsen av en Omtvistet Endringsordre skal Leverandøren uten ugrunnet opphold iverksette denne". Dermed følger det uttrykkelig av 16.2.2 ledd at leverandøren får en arbeidsplikt når han mottar en DVO fra selskapet. En antitetisk tolkning av ordlyden tilsier da at leverandørens arbeidsplikt er suspendert i perioden før selskapet svarer med en DVO.⁸⁰

⁷⁶ Tørum (side 177)

⁷⁷ At leverandøren har rettsvillfarelsesrisikoen betyr at han kommer i mislighold dersom det senere viser seg at han har tolket sin rettsposisjon galt. (Kaasen side 294)

⁷⁸ Barbo side 261

⁷⁹ Kaasen side 235 og 236

⁸⁰ Tørum (side 183)

Systembetragtninger taler også for at regelen må være at leverandørens arbeidsplikt suspenderes. Leverandørens formål med å fremsette et endringsordrekrav er å fremtvinge selskapets standpunkt vedrørende spørsmålet om arbeidspålegget utgjør en endring. Endringssystemet legger dermed opp til at selskapet skal ta stilling til leverandørens VOR ved enten å utstede en VO, DVO eller trekke instruksen tilbake, for på denne måte manifestere sitt standpunkt. Det er dermed rimelig at leverandøren kan vente med å utføre arbeidet til selskapet benytter seg av kontraktens mekanismer for å pålegge leverandøren en slik arbeidsplikt.⁸¹ Det er også først ved mottagelsen av en DVO eller VO at leverandøren med sikkerhet vet at han krav på justering av tid og pris skulle arbeidet vise seg å utgjøre en endring.

Også hensynet til å begrense leverandørens rettsvillfarelsesrisiko taler for at arbeidsplikten er suspendert.⁸² Dersom leverandørens arbeidsplikt ikke er suspendert betyr det at leverandøren må bære rettsvillfarelsesrisikoen skulle han tolke innholdet i instruksen feil. En slik løsning vil medføre at det kan være taktisk lurt av selskapet å misligholde sin svarplikt i 16.2. for på denne måten presse leverandøren til å utføre arbeidet på egen risiko. Det er uheldig dersom kontrakten skal tolkes slik at den åpner for en løsning som innebærer at selskapets mislighold øker leverandørens kommersielle rettsvillfarelsesrisiko.⁸³ Formålet med endringssystemet er nettopp å sikre en rask og effektiv avklaring av om et arbeidspålegg utgjør en endring, og selskapet vil trenere denne hensikten dersom de forholder seg taus. For selskapet vil vissheten om at leverandøren kan stanse arbeidet i instruksens uten å komme i mislighold virke truende, og dermed oppfordre dem til raskt å ta standpunkt til leverandørens VOR.

Konklusjonen må dermed bli at leverandørens arbeidsplikt er suspendert i perioden fra fremsettelse av VOR til selskapet svarer med DVO eller VO.

Det at leverandøren arbeidsplikt er suspendert innebærer imidlertid at krav mot selskapet etter artikkel 27 er mindre praktiske. Dette fordi leverandøren ikke vil være i mislighold av sin arbeidsplikt etter instruksens skulle denne vise seg å ikke være en endring, og det er dermed mindre sannsynlig at selskapets sene varsel har ført til at leverandøren har lidt noe tap som han kan kreve kompensasjon for etter artikkel 27.1.⁸⁴

Likevel må dette utgangspunktet modifiseres ved at suspendert arbeidsplikt ikke betyr at leverandøren er fritatt for all rettsvillfarelsesrisiko. Leverandøren står

⁸¹ Kaasen side 445, og Tørum (side 183)

⁸² Barbo side 275

⁸³ Barbo side 275

⁸⁴ Barbo side 261 og Kaasen side 442-443

fortsatt i fare for å misligholde andre kontraktsforpliktelser han har etter kontrakten, ved at suspendert arbeidsplikt kun eliminerer leverandørens rettsvillfarelsesrisiko knyttet til arbeidet i instruksen. Ofte vil den rammede kontraktsforpliktelsen være nært forbundet med andre plikter leverandøren har etter kontrakten, og stans kan dermed få negative konsekvenser for utførelsen av disse. Særlig kan leverandøren risikere å misligholde sin kontraktsplikt om å overholde fremdriftsplanen.⁸⁵

I denne sammenheng oppstår spørsmålet om selskapet kan bli pålagt misligholdssanksjoner etter artikkel 27.1. der selskapets sene svar er årsaken til leverandørens forsinkelse.

Det følger av artikkel 27.1. at selskapet må være "forsinket" med "å fatte beslutninger eller å utføre andre plikter som Selskapet har i Kontrakten" for at leverandøren skal ha krav på justering av Fremdriftsplanen og/eller kontraktsprisen. Artikkel 27.1. forutsetter dermed at det foreligger et kontraktsbrudd, noe som først vil være tilfellet når selskapet har oversittet fristen om å svare innen "rimelig tid" jfr. art 16.2.

Dermed åpner ikke artikkel 27.1. for at leverandøren kan kreve fristforlengelse eller tilleggsvederlag for perioden før det foreligger et mislighold av varslingsplikten etter 16.2. Leverandøren har dermed ikke krav på å få dekket akselerasjonstiltak som er nødvendige etter art 11.4. for å holde fremdriftsplanen i perioden før selskapet har misligholdt svarfristen.⁸⁶

Hva som skal regnes for å være "rimelig tid" kan ofte være en relativt kort frist. Ofte vil selskapet allerede når de instruerer leverandøren om å utføre arbeidet være klar over at leverandøren mener at arbeidet utgjør en endring, ved at partene har kommunisert om kravet før selskapet gav arbeidspålegget. I slike tilfeller vil leverandørens endringsordrekrav ikke komme overraskende for selskapet, og de bør dermed raskt kunne benytte sin valgrett. Det er tross alt de som har satt i gang prosessen med å gi arbeidspålegg.⁸⁷ Dette vil være tilfellet hvor leverandøren varsler om en relevant bristende forutsetning, ved at leverandøren allerede ved varselet om at forutsetningssvikten er relevant gir uttrykk for at det merarbeid forutsetningssvikten krever utgjør en endring.

Dermed risikerer selskapet å måtte kompensere leverandøren for konsekvensene av den forsinkelse selskapets sene svar påfører leverandøren, jfr. art 27. Selskapet kan da blant annet bli ansvarlig for å dekke de kostnader som går med til de- og

⁸⁵ Barbo side 277-278

⁸⁶ Tørum (side 184)

⁸⁷ Tørum (side 186)

remobilisering av arbeidet, økt bemanning og andre forseringstiltak som må gjennomføres for at leverandøren skal unngå å bli forsinket som følge av stansen.⁸⁸

Imidlertid vil det å gi leverandøren en arbeidsrett i perioden fra VOR er fremsatt fram til selskapet svarer, kunne bidra til å redusere leverandørens rettsvillfarelsesrisiko ytterligere. Dette skal vi se på nedenfor.

5.2.3. Har leverandøren en arbeidsrett etter å ha utstedt krav om endringsordre?

Spørsmålet er om NF 07 gir leverandøren en arbeidsrett i perioden fra han har fremsatt VOR til selskapet svarer med en DVO eller VO.

En arbeidsrett innebærer en rett for leverandøren til å utføre det pålagte arbeidet fastsatt i instruksen, uten at selskapet har formalisert det i en endringsordre. Han fritas dermed for risikoen om at manglende endringsordre ikke gir ham krav på justering av tid eller vederlag skulle arbeidet vise seg å utgjøre en endring.⁸⁹

Ordlyden i artikkel 16 er taus hva gjelder en eventuell arbeidsrett for leverandøren. Det at ordlyden ikke sier noe om at leverandøren har rett til å igangsette arbeidet etter å ha fremmet VOR, kan tale for at det ikke har vært kontraktskonsipistenes vilje å gi leverandøren en slik arbeidsrett. Det ville i så fall vært hensiktsmessig å kontraktsregulere en slik arbeidsrett, samt leverandørens sammenfallende rett til å kreve tilleggsvederlag for det arbeid han har utført før selskapet eventuelt trekker instruks tilbake. Til sammenligning har NS 8405 artikkel 23.1. uttrykkelig fastlagt at entreprenøren skal "Iverksette pålegget selv om han mener at pålegget innebærer en endring". Dermed følger det av kontrakten at entreprenøren har en arbeidsplikt som en direkte følge av formløs instruks fra byggherren.⁹⁰ Også NSC 16.1. sier uttrykkelig at leverandøren har en arbeidsplikt som følge av instruks selv om han har fremsatt endringsordrekrav. Selv om bestemmelsene fastslår en arbeidsplikt for leverandøren, ligger det også i dette at leverandøren har en arbeidsrett fra samme tidspunkt.

Imidlertid følger ikke denne løsning uttrykkelig av ordlyden, ved at artikkel 16.2.2. kun sier at leverandøren ikke har en arbeidsplikt før selskapet svarer med DVO. Den sier ikke noe om hvorvidt leverandøren har en arbeidsrett før dette. Om leverandøren har en slik arbeidsrett må dermed søkes klarlagt ved å undersøke de hensyn som begrunner endringssystemet.

⁸⁸ Tørum (side 186)

⁸⁹ Barbo side 272

⁹⁰ Tørum (side 189)

I det praktiske liv vil det normalt være slik at selskapet ønsker at leverandøren skal utføre det arbeid de gir uttrykk for i instruksen, også dersom instruksen skulle vise seg å utgjøre en endring. Instruksen vil ofte gjelde arbeid som det er klart at må gjøres før eller senere, og det vil ofte være en felles forståelse mellom partene om at arbeidet skal utføres. Det vil dermed stride mot leverandørens fornuft å stanse arbeidet fram til selskapet svarer med en DVO eller VO, noe som tilsier en arbeidsrett.⁹¹

Også hensynet til fremdriften i prosjektet taler for en arbeidsrett for leverandøren. Ofte vil det for leverandøren være belastende å stanse arbeidet. Dette gjelder særlig dersom arbeidet ligger på en kritisk linje, ved at leverandøren da blir nødt til å iverksette dyre forseringstiltak for å holde fremdriftsplanen og unngå å oversitte dagmulksanksjonerte milepæler samt endelig leveringsfrist.⁹² Leverandøren utsettes dermed for en overhengende risiko knyttet til mislighold av de øvrige kontraktsforpliktelsene, dersom han ikke har en rett til å utføre arbeidet før det foreligger en endringsordre.⁹³

Imidlertid er det tungtveiende argumenter som taler mot en slik arbeidsrett for leverandøren. Selskapet bør tilkjennes en mulighet til å trekke tilbake instruksen uten å måtte betale for det arbeid leverandøren da allerede har utført. En arbeidsrett vil dermed begrense selskapets valgrett ved at det ofte vil være lite vits i å trekke instruksen tilbake dersom leverandøren allerede har utført store deler av arbeidet.⁹⁴ Selskapet kan ofte ha et sterkt behov for tid til å kunne ta stilling til leverandørens endringsordrekrav før de benytter seg av sin valgrett. I tillegg vil en slik rett kunne skade selskapets behov for kostandskontroll.

Overfor ble det argument at selskapet normalt ønsker arbeidet utført selv om det utgjør en endring i tillegg til at det ofte vil være snakk om arbeid som må utføres, tillagt vekt for en arbeidsrett for leverandøren. Imidlertid kan dette argumentet slås tilbake med det faktum at selskapet har i sin makt å umiddelbart pålegge leverandøren en arbeidsplikt ved å utstede en DVO eller VO dersom de ønsker at arbeidet skal utføres.⁹⁵

Også hensynet til forutberegnelighet taler sterkt mot en arbeidsrett for leverandøren. En regel om at leverandøren ikke har rett til å utføre arbeidet i instruksen før selskapet har svart med en DVO eller VO er en klar regel uten

⁹¹ Tørum (side 191-192)

⁹² Tørum (side 191-192)

⁹³ Barbo side 277-278

⁹⁴ Kaasen side 446-447

⁹⁵ Kaasen side 447

skjønnslementer. Den gir partene klare rammer å forholde seg til. En regel som gir leverandøren arbeidsrett vil derimot være uklar og gi grobunn for konflikter og dermed være prosessøkonomisk uheldig. Dette fordi det fort vil oppstå uenighet knyttet til omfanget av selskapets betalingsplikt der leverandøren starter med å utføre arbeidet i instruksen og dette viser seg å utgjøre en endring.⁹⁶

Konklusjonen er dermed at NF 07 ikke gir leverandøren en arbeidsrett.

5.2.4 Bør NF 07 inneholde en "deemed"- regel⁹⁷ for å effektivisere selskapets svarplikt etter 16 (2)?

Det er leverandørens suspenderte arbeidsplikt som i stor grad begrunner hvorfor artikkel 16.2. ikke inneholder en "deemed"-regel for selskapet.⁹⁸ Imidlertid har vi ovenfor sett at leverandøren fortsatt utsettes for en overhengende risiko for å misligholde de øvrige kontraktsforpliktelsene han har etter kontrakten som følge av stansen. Dette taler for at det er et reelt behov for å innta en "deemed"-regel i art 16.2. som effektiviserer selskapets plikt til å svare på leverandørens VOR.

I denne sammenheng oppstår spørsmålet om hvordan en slik "deemed"- regel eventuelt burde vært utformet.

En "deemed"- regel kan være begrunnet i ulike hensyn, alt etter hvilket behov den er ment å tjene. Regelen kan enten ha til formål å pålegge leverandøren en ubetinget arbeidsplikt, eller så kan hensikten være at den skal sikre at partene raskt tar standpunkt til om de mener at et arbeid utgjør en endring.⁹⁹ Når det gjelder NF 07 art 16.2. er det behov for en "deemed"- regel som kan sikre at selskapets plikt til å svare på leverandørens endringsordrekrav effektiviseres.

Offshorekontrakten NSC inneholder en slik "deemed"-regel. Etter kontrakten utløser allerede selskapets instruks en arbeidsplikt for leverandøren, til forskjell fra NF 07. Etter artikkel 16.2.3 ledd anses selskapet for å ha utstedt en omtvistet endringsordre dersom de ikke har svart på leverandørens endringsordrekrav innen 21 dager. Bestemmelsen sikrer at selskapet raskt tar standpunkt til om den mener at arbeidspålegget utgjør en endring. I tillegg sikrer den at endringssystemet kobles inn dersom selskapet ikke tar standpunkt innen 21 dager.¹⁰⁰

⁹⁶ Kaasen side 446-447

⁹⁷ En "deemed"-regel er en bestemmelse som presumerer selskapets standpunkt til kravet der de ikke svarer innen regelens angitte frist.

⁹⁸ Kaasen side 442-443

⁹⁹ Tørum (side 191-192)

¹⁰⁰ Tørum (193-194)

Også NS 8405 art 23.3. inneholder en "deemed"-regel for byggherren. Byggherrens instruks utløser i likhet til NSC en arbeidsplikt for entreprenøren. Imidlertid er regelen i NS 8405 også en preklusjonsregel. Dette innebærer at selskapet taper sin rett til å gjøre gjeldende at arbeidspålegget ikke utgjør en endring hvis han ikke svarer på entreprenørens VOR uten "ugrunnet opphold". Formålet med regelen er også her å tvinge byggherren til raskt ta stilling til entreprenørens krav.¹⁰¹

Selv om det kan argumenteres for at behovet for en "deemed"-regel er mindre i NF 07 hvor leverandøren ikke har en arbeidsplikt, vil likevel en slik "deemed"-regel kunne begrense leverandørens generelle rettsvillfarelsesrisiko. En slik regel vil også fremme artikkel 16 sitt formål om å raskt identifisere og håndtere uenighet knyttet til hvorvidt et arbeid utgjør en endring.

Det kan stilles spørsmål ved om hensynet til selskapet taler mot en "deemed"-regel i artikkel 16.2.

Selskapet har behov for tid til å ta stilling til leverandørens endringsordrekrav og vurdere hvilke virkninger endringen vil ha for tid og vederlag, og om de eventuelt må trekke instruks tilbake. De må dermed tilkjennes en mulighet til å områ seg. Dette tilsier at en eventuell "deemed"-regel for selskapet bør inneholde en skjønnsmessig frist som åpner for en konkret vurdering av om oppholdet er saklig. En plikt for selskapet til å svare "innen rimelig tid", vil på den ene siden gi selskapet den nødvendige tid til å ta stilling til leverandørens VOR der de har saklig grunner for dette, og på den andre siden raskt være utløpt der selskapet er taus av mer taktiske årsaker.

Videre vil det for selskapet være mer belastende om "deemed"-regelen også utformes som en preklusjonsregel. I og med at leverandørens arbeidsplikt er suspendert er det verken behov for eller rimelig at selskapets svarplikt etter 16.2. skal være av preklusiv art. Dermed bør "deemed"-regelen utformes slik at selskapets anses for å ha utstedt en omtvistet endringsordre dersom de ikke svarer på leverandørens endringsordrekrav "Innen rimelig tid".

Kaasen tar også til orde for å innføre en "deemed"-regel i NF 07 i sin artikkel "Formalisme i komplekse tilvirkningskontrakter".¹⁰² Knut Kaasen mener at NS 8405 på dette punkt innehar en bedre regulering som sikrer en mer balansert ordning mellom partene.¹⁰³ Han mener at en slik løsning ikke vil være uforholdsmessig overfor selskapet og viser til at leverandøren gjennom å kreve endringsordre allerede har gitt uttrykk for at han mener arbeidspålegget utgjør en endring.

¹⁰¹ Tørum (side 193-194)

¹⁰² Knut Kaasen, "Formalisme I komplekse tilvirkningskontrakter", *Tidsskrift for forretningsjus*, 2009 s. 47-69

¹⁰³ Kaasen (side. 62-63)

Selskapet vil dermed ha sterk oppfordring til å reagere ved at leverandøren har fremsatt VOR. Konsekvensen av at selskapet oversitter fristen er at de anses for å ha utstedt en DVO, noe som innebærer at de fortsatt har sine innsigelser mot at det er gitt et arbeidspålegg i behold. Eneste forskjell er at leverandøren kan kreve at en ekspert midlertidig avgjør uenigheten og at selskapet må betale dersom eksperten kommer til at instruksjonen innebar en endring. Og i så fall er det ikke særlig grunn til å beskytte selskapet som jo har pålagt leverandøren arbeidet og fastholdt arbeidspålegget til tross for at leverandøren gjennom VOR har gitt uttrykk for sitt standpunkt.¹⁰⁴

Kaasen påpeker imidlertid at leverandørens rettvillfarelsesrisiko først vil bli helt redusert hvor en slik "deemed"-regel sammenholdes med en arbeidsrett for leverandøren. Selv om en arbeidsrett kan bety at leverandøren utfører arbeid som selskapet ikke ønsker, mener han at selskapet kan avverge konsekvensene av dette ved raskt å ta stilling til leverandørens VOR.¹⁰⁵ Imidlertid har en arbeidsrett for leverandøren også en rekke negative konsekvenser som vist under 5.2.3. Det er mye som taler for at en "deemed"-regel uavhengig av en arbeidsrett kan være den beste løsningen. Implementering av en slik regel ivaretar i større grad leverandørens behov for rask avklaring av om et arbeidspålegg utgjør en endring, samtidig som regelen også tar hensyn til selskapets behov for kostnadskontroll og muligheten til å kunne trekke instruksjonen tilbake.

Dermed tas det til orde for at det NF 07 artikkel 16.2. bør inneholde en "deemed"-regel for selskapets plikt til å svare på leverandørens VOR.

5.3. Selskapet forholder seg taus til leverandørens varsel om bristende forutsetninger.

I tilfeller hvor selskapet velger å forholde seg taus til leverandørens varsel om at det foreligger en relevant bristende forutsetning forhindrer selskapets taushet at endringssystemet kobles inn. Leverandøren blir da nødt til å falle tilbake på bakgrunnsretten i den videre håndteringen av den bristende forutsetningen.¹⁰⁶ Hovedregelen etter bakgrunnsretten er at enhver bærer risikoen for tolkning av egen kontraktsposisjon. Leverandøren har dermed rettsvillfarelsesrisikoen skulle tolkningen vise seg å være gal.¹⁰⁷ Dersom leverandøren tolker sin kontraktsrettslige posisjon riktig er alt greit. Leverandøren får da rett på tilleggsvederlag for å utføre arbeidet dersom han valgte å stanse det, og det senere viser seg å være en endring.

¹⁰⁴ Kaasen (side 62-63)

¹⁰⁵ Kaasen (side 62-63)

¹⁰⁶ Kaasen side 317

¹⁰⁷ Kaasen side 317

Og motsatt unngår leverandøren å være i mislighold dersom han valgte å iverksette arbeidet, og det viste seg ikke å utgjøre en endring.¹⁰⁸

5.3.1. Leverandøren tolker sin kontraktsrettslige posisjon galt.

Det er først når leverandøren tolker sin rettsposisjon galt at leverandøren risikerer å bli utsatt for misligholdssanksjoner. Dersom leverandøren stanser arbeidet med å sammenkoble skjøten under henvisning til at selskapet bærer risikoen for den dårlige stålqualiteten i boltene og det senere viser seg å være leverandørens risiko, vil han sannsynligvis være i mislighold av sin plikt til å sammenkoble skjøten. Og har leverandøren enda ikke oversittet en dagmulktsanksjonert milepæl som følge av stansen, vil han sannsynligvis måtte iverksette dyre akselerasjonstiltak for å unngå forsinkelse. I og med at endringssystemet ikke er koblet inn som følge av selskapets passivitet, vil ofte spørsmålet om forutsetningssvikten er relevant først bli avklart etter at en voldgift eller domstol har tatt stilling til spørsmålet, jfr. art 37.2. Å få en sak inn for domstolsapparatet er tidkrevende og kostbart. Jo lengre stans jo større sjanse er det for at leverandøren kommer i mislighold skulle forutsetningen vise seg å ikke være relevant.

I tillegg innebærer søksmål en prosessrisiko som særlig er truende for leverandøren som har domstolsbehandling som eneste mulighet til å avklare uenigheten knyttet til om forutsetningssvikten er relevant og således ligger utenfor hans kontraktsforpliktelser. Selskapet kan derimot velge å koble inn endringssystemet skulle prosessrisikoen bli for stor. Rettsspørsmål knyttet til hvem som bærer risikoen for at en forutsetning svikter er ofte tvilsomme og legger opp til kompliserte juridiske vurderinger som leverandøren ofte vil være lite egnet å ta stilling til. Det forhold at leverandørens kontraktsforpliktelser også endres underveis gjennom utstedelse av endringsordrer gjør vurderingen enda mer innfløkt.

Som regel vil det være i selskapets interesse å raskt ta stilling til leverandørens varsel. Leverandøren kan true selskapet med å stanse arbeidet inntil uenigheten knyttet til den bristende forutsetningen er avklart. Selskapet har et grunnleggende behov for å få riktig ting til riktig tid. Levering av kontraktsgjenstanden er ofte del i et større prosjektsamarbeid, slik at sen levering ofte vil få konsekvenser for andre deler av prosjektet og ha negative virkninger for selskapet. Sen produksjonsstart vil også kunne føre til at selskapet lider store økonomiske tap.¹⁰⁹ Selskapet vil dermed føle seg truet av leverandørens valg om å stanse arbeidet fram til selskapet har tatt standpunkt til forutsetningssvikten. Dersom leveringstidspunktet ligger langt fram i tid vil selskapet likevel ha relativt god tid til å ta stilling til den bristende forutsetningen uten at dette truer deres kontraktsinteresser. En viktig presisjon i

¹⁰⁸ Kaasen side 317

¹⁰⁹ Kaasen side 584-587

denne sammenheng er at selskapet sitter med herredømmet over endringsordren. De kan når som helst velge å koble inn endringssystemet ved å instruere leverandøren om å overkomme konsekvensene av forutsetningssvikten. Selskapet har dermed alltid muligheten til å pålegge leverandøren en arbeidsplikt og på denne måten redusere egen rettsvillfarelsesrisiko.

På den andre siden nødvendiggjør selskapets grunnleggende behov for å få riktig ting til riktig tid strenge misligholdssanksjoner overfor leverandøren for å sikre at leverandøren faktisk leverer riktig ting til riktig tid. Kontrakter inngått under NF 07 inneholder normalt flere dagmulftsanksjonerte milepæler. Leverandøren kan dermed være i mislighold i form av forsinkelse både ved endelig levering, men også underveis i kontraktsavviklingen. Etter kontrakten er leverandøren forsinket dersom han ikke kontraktsmessig har utført det arbeid som følger av fremdriftsplanen på den dagmulftsbelagte milepælen.¹¹⁰ Og har leverandøren enda ikke har oversett en dagmulftsanksjon milepæl blir han som regel nødt til å iverksette dyre forseringstiltak for å unngå forsinkelse, dersom han har stanset arbeidet.

Leverandøren kan dermed se seg nødt til å utføre arbeidene på eget initiativ, på grunn av den overhengende risikoen for å misligholde sine kontraktsforpliktelser. Dersom han utfører arbeid for å overkomme konsekvensene av forutsetningssvikten uten at selskapet har instruert ham om dette, gir ikke kontrakten ham rett på tilleggsvederlag eller fristforlengelse siden han ikke kan vise til en endringsordre fra selskapet. Og dersom han velger å stanse arbeidet og forutsetningssvikten viser seg å være leverandørens risiko, vil han bli pålagt strenge misligholdssanksjoner. Dermed bør leverandøren være svært sikker på at han tolker sin rettsposisjon riktig for at det skal lønne seg å stanse arbeidet.¹¹¹ Som påpekt vil rettsspørsmål knyttet til hvem som bærer risikoen for en bristende forutsetning i fabrikkkontrakter ofte både være uklare og juridisk kompliserte, slik at det nok er unntaket at leverandøren er sikker i sin sak. Valget om å utføre mer arbeid uten å få kompensasjon for dette fremstår da ofte som et bedre alternativ enn å stanse arbeidet og bli pålagt belastende økonomiske misligholdssanksjoner skulle det vise seg at leverandøren tolket sin kontraktsrettslige posisjon galt. Selskapet kan dermed se det som taktisk lurt å forholde seg passiv til leverandørens varsel lengst mulig i håp om at leverandøren vil bikke under for presset og utføre arbeidene uten at selskapet har pålagt dem dette ved instruks. Selskapet forhindrer dermed at endringssystemet og dets balansering av risiko knyttet til partenes kontraktsposisjon, kobles inn.¹¹²

¹¹⁰ Kaasen side 611-613

¹¹¹ Kaasen side 317-318

¹¹² Kaasen side 317-318

Nedenfor skal det imidlertid drøftes hvorvidt leverandøren likevel har en mulighet til å koble inn endringssystemet i tilfeller av bristende forutsetninger, ved å pretendere at det foreligger en situasjon som gir ham rett til kreve endringsordre fra selskapet.

5.3.2. Er leverandørens pretensjon av at det foreligger en situasjon som gir ham rett på endringsordre, avgjørende?

I det følgende vil to ulike situasjoner drøftes. For det første skal det tas stilling til om leverandøren kan pretendere et krav på endringsordre i tilfeller hvor selskapet forholder seg taus til leverandørens varsel om en relevant bristende forutsetning. Deretter skal det drøftes hvorvidt leverandørens pretensjon kan bli avgjørende for selskapets plikt til å svare med en DVO eller VO, hvor selskapet svarer på leverandørens varsel, men hvor arbeidspålegget ikke oppfyller vilkårene i art.16.1.

Først skal det tas stilling til spørsmålet om leverandøren kan pretendere en rett til å kreve endringsordre i tilfeller hvor selskapet forholder seg taus til leverandørens varsel om bristende forutsetninger.

Forutsetningen for at endringssystemet skal komme til anvendelse er at selskapet har fremsatt "krav om utførelse av et nærmere bestemt arbeid", jfr. art 16.1. Det følger dermed av ordlyden at selskapet må pålegge leverandøren et bestemt arbeid for at leverandøren skal ha oppfordring til å kreve endringsordre fra selskapet.¹¹³

Dersom leverandøren har "fremsatt krav som nevnt i art. 16.1." så får selskapet en plikt til å svare på leverandørens endringsordrekrav ved å utstede en VO eller DVO, eventuelt trekke instruks tilbake, jfr. art 16.2. Dermed følger det av ordlyden i 16.2. at selskapet kun får en plikt til å svare med en VO eller DVO på leverandørens VOR, hvor endringsordrekravet oppfyller kravene fastsatt i art 16.1. Spørsmålet er hvilke krav artikkel 16.1. stiller til et gyldig endringsordrekrav.

For at leverandøren skal kunne kreve endringsordre fra selskapet må "arbeidet etter Leverandørens oppfatning" ligge utenfor hans opprinnelige plikter etter kontrakten, jfr. 16.1.1. Videre slår artikkel 16.1.2. fast at leverandøren må fremsette endringsordrekravet "uten ugrunnet opphold" etter at "Selskapet har krevd et slikt arbeid utført på den måten som nevnt i første avsnitt". Dermed er utgangspunktet at arbeidspålegget skal oppfylle kravene til hva som utgjør gyldig instruks i art. 16.1.1. Videre følger det av 16.1. 3 ledd at endringsordrekravet må "betegnes som dette og fremsettes på fastsatt skjema" for å være gyldig, og at det skal "Inneholde en spesifisert beskrivelse av det arbeid kravet gjelder", jfr. art 16.1.3.

Ordlyden av at endringsordrekravet skal "Inneholde en spesifisert beskrivelse av det arbeid kravet gjelder" viser at leverandøren som grunnlag for sin VOR må kunne vise til et bestemt arbeid som selskapet har pålagt ham ved instruks etter 16.1.1,

¹¹³ Kaasen side 418

som leverandøren mener gir grunnlag for å kreve endringsordre fra selskapet fordi dette utgjør en endring av hans kontraktsforpliktelser.

Det er dermed tre betingelser som må være innfridd for at det skal foreligge et gyldig krav på endringsordre.” Leverandøren må identifisere den påståtte endringssituasjon (instruks eller lignende), han må uttrykkelig påstå at denne situasjonen endrer hans plikter, og han må på dette grunnlag uforbeholdent kreve endringsordre.”¹¹⁴ Hvis ikke disse vilkårene er innfridd vil det vanskelig kunne sies å foreligge et krav som pretenderer å være et endringsordrekrav.¹¹⁵

I situasjoner hvor selskapet forholder seg taus til leverandørens varsel om en relevant bristende forutsetning, kan ikke leverandøren vise til en instruks fra selskapet som pålegger leverandøren å utføre et bestemt arbeid. Når leverandøren påberoper seg en relevant bristende forutsetning ligger det i dette at han mener å ha rett på justering av tid og vederlag dersom han skal overkomme konsekvensene av forutsetningssvikten. Denne pretensjonen er imidlertid ikke tilstrekkelig til å gi grunnlag for å kreve VOR, ved at ordlyden krever at selskapet faktisk har gitt et arbeidspålegg, noe det umulig kan ha gjort så lenge det har forholdt seg taus.¹¹⁶

Selv om løsningen fremstår som urimelig overfor leverandøren som blir nødt til å gå rettens vei dersom han vil avklare hvorvidt den bristende forutsetningen er relevant og utgjør en endring, så er ordlyden i artikkel 16.1. klar på at det leverandøren må kunne vise til et arbeidspålegg som grunnlag for sitt krav om endringsordre. Det følger av rettspraksis at det skal mye til for å fravike et tolkningsalternativ som følger av en klar ordlyd i kontrakter mellom profesjonelle parter.¹¹⁷ Dette gjelder spesielt i standardkontrakter som er blitt til etter forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.¹¹⁸

Konklusjonen er dermed at leverandøren i tilfeller hvor selskapet forholder seg taus, ikke kan pretendere at det foreligger en situasjon som gir ham rett til å kreve endringsordre fra selskapet.

Spørsmålet er så om leverandørens pretensjon om at det foreligger en situasjon som gir ham rett til å kreve endringsordre, kan bli avgjørende for selskapets plikt til å svare med en DVO eller VO i tilfeller der selskapet svarer på leverandørens varsel, men hvor arbeidspålegget ikke oppfyller kravene i art. 16.1.

¹¹⁴ Kaasen side 441

¹¹⁵ Kaasen side 441

¹¹⁶ Kaasen side 435

¹¹⁷ Rt. 2000 side 806, Rt 2002 side 1155 og Rt 2003 side 1132

¹¹⁸ Rt. 2010 side 1345 note 59

Kaasen påpeker i relasjon til den problemstilling at selskapet forholder seg passiv til leverandørens varsel at leverandøren "ved å true med å stanse eller modifisere det berørte arbeid under henvisning til påståtte relevant forutsetningssvikt, kan han oppnå at selskapet i hvert fall gir uttrykk for at kontraktens krav skal oppfylles – hvilket gir grunnlag for en VOR basert på pretensjonen om at selskapet pålegger arbeid leverandøren ikke (lenger) er forpliktet til å utføre."¹¹⁹ Kaasen presiserer imidlertid at dette forutsetter at det faktisk foreligger et utsagn fra selskapet i den aktuelle situasjonen.¹²⁰ Kaasen gir dermed uttrykk for at selskapets utsagn om at kontraktens krav skal oppfylles er tilstrekkelig til at leverandøren kan pretendere å ha rett til å fremsette krav om endringsordre. Dette til tross for at kravet om at arbeidspålegget skal gjelde "nærmere bestemt arbeid", jfr. art 16.1.1. tvilsomt kan sies å være oppfylt, ved at utsagnet er for generelt for dette.

Spørsmålet er dermed om selskapet kan la være å svare på leverandøren krav om endringsordre i tilfeller hvor de mener at kravet ikke oppfyller vilkårene i artikkel 16.1, jfr. art. 16.2.

Som fastlagt overfor er utgangspunktet at leverandørens endringsordrekrav må oppfylle vilkårene i art 16.1. for at selskapet skal få en plikt til å svare med en VO eller DVO, eller eventuelt trekke instruks tilbake. Imidlertid følger det av artikkel 16.2. siste punktum at selskapet dersom de vil påberope at leverandøren har fremsatt VOR for sent slik at kravet er prekludert etter art 16.1.2. må gjøre dette i en omtvistet endringsordre. Dette betyr at selskapet ikke kan avvise en VOR fra leverandøren under henvisning til at den er fremsatt for sent, og på denne måten forhindre at endringssystemet kobles inn.

Ordlyden sier imidlertid ikke noe om hvorvidt selskapet i tilfeller hvor de mener at endringsordrekravet ikke oppfyller kravene til form og innhold etter artikkel 16.1. også må påberope seg uenigheten i en DVO eller om de blankt kan avvise leverandørens VOR slik at denne er uten virkning. Ordlyden i art 16.2.sier kun at endringsordrekravet skal oppfylle kravene i art.16.1.

Høyesterett uttrykker i Rt. 2010 side 96 (44) at det at kontraktsbestemmelser skal tolkes objektivt ikke er til hinder for at tolkningen også påvirkes av de formål som begrunner bestemmelsen og andre reelle hensyn. Kaasen gir i sin kommentarutgave til NF 05 også uttrykk for at hensynet til å opprettholde den kommersielle balansen mellom partene vil være en viktig tolkningsfaktor, særlig i tilfeller hvor bestemmelsene er uklare om leverandørens rettigheter.¹²¹

¹¹⁹ Kaasen side 318

¹²⁰ Kaasen side 318 fotnote 58

¹²¹ Kaasen side 275-276

Det er mange argumenter som taler for en utvidende fortolkning av artikkel 16.2. og dens ordlyd om at leverandøren må fremsette ”krav som nevnt i 16.1.”.

Hensynet til å opprettholde den kommersielle balanse som lå til grunn for avtaleinngåelsen, taler for at selskapet må påberope uenighet knyttet til gyldigheten av et endringsordrekravet i en DVO. Dette fordi det vil sikre at endringssystemet kobles inn og identifiserer og håndterer uenigheten knyttet til om arbeidspålegget utgjør en endring. Dersom selskapet derimot kan avvise leverandørens pretenderte VOR, vil det bety at leverandørens VOR er ugyldig og således ikke gir grunnlag for en suspendert arbeidsplikt. Dette innebærer at leverandøren igjen utsettes for en overhengende rettsvillfarelsesrisiko, ved at han må tolke innholdet i instruksen på egen risiko. Leverandøren har da ingen mulighet til å få klarhet i om arbeidspålegget innebærer en endring, med mindre han går til søksmål. En rett for selskapet å avvise endringsordrekrav fra leverandøren som de mener ikke er gyldige åpner dermed for at selskapet kan omgå endringssystemet, og forhindre at det kobles inn for å nøytralisere partenens rettsvillfarelsesrisiko.¹²²

Det vil heller ikke være særlig byrdefullt for selskapet å måtte ta stilling til endringsordrekrav fra leverandøren som de mener er ugyldige. Selskapet kan raskt rydde opp i misforståelsen ved å opplyse leverandøren om at de aldri har hatt til hensikt å gi et arbeidspålegg, og således trekke instruks tilbake. Og dersom selskapet velger å svare med en DVO har selskapet fortsatt sine innsigelser om endringsordrekravets gyldighet i behold. Han risikerer kun at en ekspert midlertidig avgjør gyldigheten av endringsordrekravet.¹²³ Også Barbo mener at leverandørens pretensjon er avgjørende for selskapets plikt til å svare med endringsordre. Han begrunner dette med at det er hensiktsmessig og ressursbesparende at endringsreglene løser situasjoner hvor leverandøren oppfatter selskapets instruks som et arbeidspålegg, når dette ikke har vært selskapets hensikt. Han viser til at det ikke er særlig byrdefullt for selskapet å måtte ta stilling til ugyldige endringsordrekrav.¹²⁴

Siden leverandøren uansett ikke får en arbeidsplikt eller arbeidsrett som følge av det pretenderte arbeidspålegget før selskapet har svart med en DVO eller VO, vil heller ikke en slik ordning gå på bekostning av selskapets kostnadskontroll og behov for prosjektstyring.

Det kan stilles spørsmål ved om leverandørens rett til å pretendere at det er grunnlag for å kreve endringsordre er begrenset som følge av de skjerpede krav til gyldig instruks som er inntatt i NF 07 art.16.1.

¹²² Kaasen side 440

¹²³ Kaasen side 440

¹²⁴ Barbo side 250-251

Det er ingenting som taler for at leverandøren har et mindre behov for å få avklart om et arbeidspålegg utgjør en endring i NF 07 sammenlignet med NF 05, hvor kravene til gyldig instruks var mindre formelle. Etter NF 05 var det ikke noe skriftlighetskrav til instruks i tillegg til at selskapet som helhet kunne instruere leverandøren. Det er hovedsakelig hensynet til leverandøren og hans behov for å ha klare rammer for hvilke arbeidspålegg som får preklusjonsfristen i art.16.1.2. til å løpe, som begrunner de skjerpede kravene fastsatt i NF 07 art 16.1.1.¹²⁵ Konsekvensene av å oversitte preklusjonsfristen er at kravet faller bort, og dette taler dermed for at leverandøren bør ha en klar oppfordring til å reagere.

Hensynet til selskapet er langt på vei oppfylt såfremt leverandøren i alle fall pretenderer å være pålagt et arbeid som endrer hans kontraktsforpliktelser, ved at dette gir selskapet en klar oppfordring til å reagere. Selskapet kan da velge å trekke arbeidspålegget tilbake dersom det ikke var deres intensjon at arbeidet skulle utføres. Og dersom det var selskapets ønske at arbeidet skulle utføres, er det jo selskapet som har forårsaket uklarheten ved å ikke instruere på den måten kontrakten angir. De har dermed seg selv å takke for at tvisten i det hele tatt oppstod.

Konklusjonen blir dermed at leverandøren kan pretendere et krav på endringsordre i tilfeller hvor endringsordrekravet ikke oppfyller de formelle kravene i artikkel 16.1., jfr. 16.2.

5.3.4. Kan selskapet tape sine innsigelser mot leverandørens krav ved å forholde seg taus til leverandørens varsel om forutsetningssvikten?

Om denne problemstillingen er kontrakten taus. Det er dermed den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold eller passivitetsbetraktninger som eventuelt må begrunne at selskapet taper sin rett til å gjøre innsigelsen gjeldende.

Det er sikker rett at passivitet i kontraktsforhold kan føre til at en part mister sin rett til å gjøre gjeldende ellers berettigede innsigelser og krav mot den andre part, jfr. rettspraksis, blant annet Rt. 1976 s.210.

Den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold er også sterkt forankret i rettspraksis, herunder blant annet Rt. 2010 side 1478 og Rt.1992 side 1110. Spørsmålet er om lojalitetsplikten også gjøre seg gjeldende for kontraktsforhold som reguleres av NF 07.

I Rt.2011 s.64 gav Høyesterett uttrykk for at "det også for avtaleforhold som reguleres av Norsk Standards ulike kontraktsbestemmelser, kan gjelde en ulovfestet lojalitetsplikt", jfr. Rt. 2011 s. 65 note 43. Avgjørelsen gjaldt entreprise og

¹²⁵ Kaasen side 293, footnote 21

spørsmålet var om entreprenøren hadde varslet byggherren for sent om en økning av et tidligere fremsatt krav om tilleggsvederlag slik at kravet var bortfalt som følge av den sene varslingen eller passivitet.¹²⁶ Førstvoterende fant ikke den sene varslingen å være et brudd på lojalitetsplikten, og gikk dermed ikke nærmere inn på når slik lojalitetsplikt eventuelt foreligger og hva som er rettsvirkningen av et brudd på denne plikten.¹²⁷

Rettspraksis fra entrepriserettens område er også en relevant rettskilde for fabrikkasjonskontrakter, som påpekt i 1.2. Også NF 07 inneholder plikter for leverandøren til å varsle selskapet om endringer som gir grunnlag for tilleggsvederlag eller krav på fristforlengelse. Standardkontraktene har mange fellestrekk og det er klart et tilsvarende behov for at den generelle lojalitetsplikten supplerer standardbestemmelsene i fabrikkasjonskontrakter. Også Kaasen legger til grunn at partene kan bli ansvarlig for å misligholde bi forpliktelser de har etter bakgrunnsretten, selv om NF 07 ikke uttrykkelig sier noe om dette.¹²⁸ Det må dermed legges til grunn at det gjelder et ulovfestet lojalitetsprinsipp for NF 07.

Selv om innholdet i den ulovfestede lojalitetsplikten ikke har et fastlagt innhold, er det likevel klart at lojalitetsplikten innebærer en viss plikt for partene til å opptre lojalt overfor hverandre og ta hensyn til motpartens interesser.¹²⁹ Det er rimelig at en part for å opptre lojalt bør ha en oppfølgningsplikt på henvendelser om endrede forhold, som medfører en irregulær utvikling av kontraktsforholdet.¹³⁰ Dersom selskapet bevisst unnlater å svare på leverandørens varsel om at det foreligger en bristende forutsetninger for på denne måten presse leverandøren til å utføre arbeidene på egen risiko, er dette en klar illojal opptreden fra selskapets side. Selskapet undergraver da forsettelig leverandørens kontraktsinteresser. Illojalitet skal ikke honoreres av rettssystemet og det bør dermed konstateres brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten i slike tilfeller.

Ofte vil imidlertid årsaken til at selskapet venter lenge med å ta standpunkt til den bristende forutsetningen være at de ikke er sikre på risikospørsmålet og trenger tid til å områ seg. Selskapet kan ha behov for å avvente med å instruere leverandøren og således koble inn endringssystemet til de har oversikt over hvilke konsekvenser en arbeidsplikt vil ha for tid og pris. I slike tilfeller vil det ta lengre tid før

¹²⁶ Rt. 2011 s. 65 note 41

¹²⁷ Rt. 2011 s. 65 note 44 og 50

¹²⁸ Kaasen side 588

¹²⁹ Hagstrøm s. 124

¹³⁰ Jusinfo.no, <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/1568/1582/1583>
Presentert av advokatfirmaet RUV, Lojalitetsplikten i kontraktsforhold og Hagstrøm side 802

lojalitetsplikten kan sies å være brutt, ved at det er hensynet til selskapets egne kontraktsinteresser som begrunner oppholdet.

Spørsmålet om hvorvidt lojalitetsplikten er brutt må dermed bero på en konkret og skjønsmessig vurdering. I tilfeller hvor selskapet utnytter den makt de er tillagt etter endringssystemet er det grunn til å tro at det raskt vil kunne konstateres et brudd på lojalitetsplikten.

Dersom det foreligger et brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktforhold er spørsmålet hvilke rettsvirkninger dette har.

Den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold kan karakteriseres for å være en selvstendig handleplikt som supplerer kontraktsforholdet.¹³¹ Brudd på lojalitetsplikten innebærer således et kontraktsbrudd som gir grunnlag for misligholds- og ugyldighetssanksjoner.¹³² Den mest praktiske misligholdssanksjonen vil normalt være erstatning.¹³³ Selskapet kan dermed i tilfeller hvor det foreligger brudd på lojalitetsplikten risikere å måtte erstatte det tap leverandøren lider som følge av selskapets sene eller manglende varsling. Eksempelvis kan leverandøren bli nødt til å ta i bruk dyrere arbeidsmetoder for å ikke blir forsinket på grunn av selskapets sene svar.

Selskapet kan også risikere å tape sin innsigelse med grunnlag i passivitetsbetraktninger. Det er sikker rett innenfor norsk entrepriserett at partene risikere å tape sine berettigede krav eller innsigelser dersom de lar være å svare på fremsatte krav eller ikke varsler om kravene sine i tide.¹³⁴ Passivitet som grunnlag for preklusjon kan enten begrunnes med at manglende svar tolkes som et dispositivt utsagn om at parten gir avkall på retten til å gjøre innsigelsen gjeldende.¹³⁵ Passiviteten må da være klanderverdig, den må gi den andre part en rimelig grunn til å tro at motparten ikke vil gjøre retten gjeldende, og det må anses utilbørlig at parten ikke har påberopt kravet tidligere.¹³⁶ Passiviteten kan også behandles som et selvstendig rettsfaktum slik at det avgjørende vurderingstema er om passiviteten er så klanderverdig at den bør føre til at parten taper sin rett til gå gjøre kravet eller

¹³¹ Barbo side 332

¹³² Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte Kontraktsrett II*, 2. Utgave, Oslo 2002 s. 58-59 og Hagstrøm side 124-126

¹³³ Hagstrøm side 126

¹³⁴ Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen, "Passivitet og henvisningen til Norsk entrepriseretts regler om tap av rettigheter og innsigelser ved manglende varsel eller svar", *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2007 s.390-401 (s. 391)

¹³⁵ Jo Hov side 267

¹³⁶ Hagstrøm side 803-804

innsigelsen gjeldende.¹³⁷ Det følger imidlertid både av rettspraksis, herunder blant annet Rt.1976 side 210, og juridisk teori, at den som har forholdt seg passiv må kunne klandres for opptreden for at den skal føre til at kravet faller bort.¹³⁸

Leverandøren kan nok i visse tilfeller ha rimelig grunn til å tolke selskapets passivitet som at de aksepterer at leverandøren skal utføre mer arbeid for å overkomme konsekvensene av forutsetningssvikten, og at dette betinger rett på tilleggsvederlag dersom den bristende forutsetningen er relevant. Dette kan særlig tenkes i tilfeller hvor det fremstår som klart for leverandøren at arbeidet må utføres.¹³⁹ På den andre siden oppstiller NF 07 et absolutt krav om at det må foreligge endringsordre for at leverandøren skal ha rett til justering av tid og vederlag der han utfører arbeid som ligger utenfor hans plikter etter kontrakten. Dette taler dermed mot at leverandøren i slike situasjoner har en rimelig grunn til å tolke selskapets passivitet som at selskapet godtar at leverandøren utfører merarbeidet. Det er dermed grunn til å tro at leverandøren tar en stor risiko ved å igangsette arbeid for å overkomme konsekvensene av den bristende forutsetningen før selskapet har fremsatt vanlig eller omtvistet endringsordre. Når en kontrakt gir partene klare retningslinjer for hvordan de skal gå fram for å ha sine krav i behold, er det mye som taler for at konsekvensene av å bryte dette systemet er at de taper denne retten.¹⁴⁰

Imidlertid vil nok selskapets passivitet som et selvstendig rettsfaktum kunne gi grunnlag for preklusjon av selskapets innsigelse i tilfeller hvor selskapet forholder seg taus av taktiske grunner. Dersom det kan bevises at selskapet ikke har noen saklig grunn til å forholde seg passiv, men hvor passiviteten i stedet fremstår som en omgåelse av endringssystemet, er det grunn til å tro at en domstol vil legge til grunn at selskapet har tapt retten til å gjøre innsigelser i tilknytning til den bristende forutsetningen gjeldende overfor leverandøren.

I slike tilfeller kan nok leverandøren også få rett på kontraktsrevisjon basert på avtalelovens § 36. Jon Bonnevie Høyer gav uttrykk for at en slik rimelighetssensur kan tenkes i en ekspertavgjørelsen fra 19 august 1994. Det var på det rene at selskapet var klar over at det aktuelle arbeidet utgjorde en endring. Selskapet burde dermed ha pålagt arbeidet ved å utstede en endringsordre og ikke gi arbeidspålegg ved instruks, som de i saken gjorde. Eksperten la til grunn at leverandørens rett til å kreve endringsordre for det aktuelle arbeidet var prekludert etter art 16.1.2. Han uttalte imidlertid at: ”Jeg vil ikke se bort fra at denne type rimelighetsbaserte

¹³⁷ Jo Hov side 267 og Hagstrøm side 366

¹³⁸ Hagstrøm side 803

¹³⁹ Barbo side 341

¹⁴⁰ Barbo side 188

avveininger vil kunne få et annet resultat ved en domstolsbehandling av tvisten, hvor sakens faktum kan gis flere nyanser.”¹⁴¹

5.4. Leverandøren varsler ikke selskapet om forutsetningssvikten.

Hvor leverandøren lar være med å varsle selskapet om at det har inntrådt en bristende forutsetning har selskapet ingen oppfordring til å instruere leverandøren om å overkomme konsekvensene av forutsetningssvikten. Leverandørens manglende varsling hindrer at endringssystemet kobles inn. Det er således bakgrunnsretten som i slike tilfeller regulerer den videre håndteringen av forutsetningssvikten.¹⁴²

5.4.1. Kan leverandøren tape sin rett til å gjøre gjeldende at det foreligger en relevant bristende forutsetning, dersom han lar være å varsle selskapet om forholdet?

Spørsmålet er om leverandøren kan tape sin rett til å gjøre gjeldende et krav om kontraktsrevisjon som følge en bristende forutsetning etter bakgrunnsretten. I denne sammenheng må det først fastslås hvorvidt leverandøren har en varslingsplikt.

Allerede så tidlig som i Rt. 1898 side 227 la Høyesterett til grunn at entreprenøren har en plikt til å varsle byggherren om endrede forhold. Førstvoterende uttalte at entreprenøren skal varsle byggherren dersom han ”har den Opfatning, at et Arbeide, som enten Bygherren ønsker utført eller Entreprenøren selv finder ønskelig, er et Extraarbeide, som han kun pligter at udføre mot Extra betaling”.¹⁴³

Barbo legger til grunn at en slik varslingsplikten i dag kan hjemles i den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.¹⁴⁴ Han viser i denne sammenheng til LF. 1992 side 306, hvor lagmannsretten la til grunn at varslingsplikten er et ”generelt prinsipp i det ulovfestede kontraktsansvar”. Saken gjaldt en entreprenør som skulle rehabilitere et bolighus hvor han foretok endringer av arbeidet uten å først varsle byggherren om dette. Lagmannsretten kom til at entreprenøren hadde en plikt til å varsle før han utførte arbeidene.

Begrunnelsen for varslingsplikten er at det er selskapet som har myndighet til å bestemme om arbeid som ligger utenfor tilvirkerens opprinnelige

¹⁴¹ Ekspertavgjørelse 19 august 1994, side 133

¹⁴² Kaasen side 318-319

¹⁴³ Rt.1898 på s 229

¹⁴⁴ Barbo side 331

kontraktsforpliktelsene skal utføres. Det er selskapet som har vederlagsrisikoen, og det er således rimelig at det er han som beslutter om mer arbeid skal utføres eller ikke. Og skal arbeidet utføres har selskapet interesse i å være med å bestemme hvordan arbeidet skal utføres og iverksette kostnadsbesparende tiltak. Selskapet har dermed et grunnleggende behov for å bli varslet dersom det inntreffer endringer som gjør det ønskelig eller nødvendig med omlegging av arbeidet, slik at han kan benytte sin valgtrett.¹⁴⁵ De mange preklusjonsreglene som er inntatt i NF07 vitner om selskapets grunnleggende behov for raskt å bli varslet om forhold som nødvendiggjør endringer i leverandørens opprinnelige kontraktsforpliktelser.

Dermed må det legges til grunn at leverandøren har en varslingsplikt i tilfeller av bristende forutsetninger. Spørsmålet er så når varslingsfristen begynner å løpe.

Bakgrunnsretten oppstiller ingen klar regel for når leverandøren må varsle om krav på kontraktsrevisjon der de påstår at det foreligger en relevant bristende forutsetning.

NF 07 inneholder en rekke kontraktsregulerte frister av preklusiv karakter for leverandøren når det gjelder plikten om å varsle om krav. Imidlertid kjennetegnes preklusive regler av at de er av positivrettslig karakter¹⁴⁶ noe som taler mot at reglene kan legges til grunn utenfor de kontraktsregulerte tilfellene.

I Peconor ¹⁴⁷ dommen tok voldgiftsretten nettopp stilling til spørsmålet om leverandørens varslingsfrist i tilfeller av bristende forutsetninger.¹⁴⁸ Spørsmålet var om Peconor hadde varslet kravet på kontraktsrevisjon som følge av at det forelå en relevant bristende forutsetning i tide. På grunn av den manglende kontraktsreguleringen av varslingsplikt i tilfeller av bristende forutsetninger i NF, så måtte retten løse spørsmålet med grunnlag i bakgrunnsrettens regler om varslingsplikt i kontraktsforhold. Voldgiftsretten kom til at Peconor hadde varslet i tide når de fremsatte kravet "innen rimelig tid etter at man ble klar over de forhold som dannet bakgrunn for kravet".¹⁴⁹

Det er kravet om å varsle innen rimelig tid som er det vurderingstema som går igjen i den generelle kontraktsretten.¹⁵⁰ Av kjøpslovens § 32 går det frem at kjøperen må

¹⁴⁵ Barbo side 330

¹⁴⁶ Barbo side 353

¹⁴⁷ Voldgiftsdom 26 januar 1993

¹⁴⁸ Peconor dommer er ikke trykket, slik at fremstillingen bygger på det som Kaasen skriver om avgjørelsen

¹⁴⁹ Kaasen side 319

¹⁵⁰ Hagstrøm side 802

varsle "innen rimelig tid" etter at han "oppdaget eller burde oppdaget" en mangel. Selv om en reklamasjonsfrist gjelder partenens plikt til å varsle om mangler, er også reklamasjonsplikten en del av lojalitetsprinsippet på samme måte som plikten til å varsle om endringer i kontraktspliktene er det. Når leverandøren varsler om en relevant bristende forutsetning innebærer dette at han påberoper seg at han ikke er mislighold selv om han ikke oppfyller kontraktsmessig. Det blir dermed det motsatte av å reklamere om en mangel, som innebærer at man påberoper seg et kontraktsbrudd. Imidlertid er reklamasjonsfristen utformet av hensyn til den part som har interesse og behov for å raskest mulig bli informert om krav og innsigelser den andre part mener å ha mot ham etter kontrakten. Dette taler for at reklamasjonsreglene etter bakgrunnsretten har en side til leverandørens plikt til å varsle om bristende forutsetninger. Det legges dermed til grunn at varslingsfristen innebærer at leverandøren må varsle om kravet "Innen rimelig tid".

Når det gjelder tidspunktet fristen skal løpe fra er det rimelig at leverandøren tilkjennes tid til å bli klar over de faktiske forhold som danner grunnlaget for den bristende forutsetningen, slik som fastsatt i Peconor dommen. Dette bør imidlertid underlegges en objektiv vurdering, slik at det er tidspunktet når en alminnelig forsvarlig leverandøren ville blitt kjent med de faktiske forhold som danner grunnlag for kravet, som blir avgjørende. Det er dette som er det vanlige vurderingstema etter bakgrunnsretten, ved at reklamasjonsfristene regnes fra det tidspunkt da den berettigede oppdaget eller burde oppdaget det forhold som gav grunnlag for kravet.¹⁵¹ Dette utgangspunktet er også kodifisert i kjøpslovens § 32.¹⁵² Imidlertid bør nok leverandøren i tilfeller hvor virkningene av forutsetningssvikten viser seg gradvis tilkjennes en hvis tid til å sammenholde informasjonen før det kan legges til grunn at han kjenner til de faktiske forhold som danner grunnlag for kravet.¹⁵³

I vurderingen av når fristen starter å løpe vil et viktig moment være hvor lang tid som er gått siden de faktiske forhold som ligger til grunn for kravet oppstod. Videre vil det kunne være av betydning hvorvidt leverandøren forstod at de faktiske forhold gav grunnlag for kontraktrevisjon. Også selskapets rimelige forventning om at leverandøren ville gjøre dem kjent med de faktiske forhold kan spille inn. Disse momentene på også sammenholdes med selskapets egen innsikt og kunnskap om de faktisk forhold som begrunner kravet om revisjon.¹⁵⁴

De potensielle rettsvirkningene av manglende varsling er langt de samme som fastsatt i 5.3.4. Dersom leverandøren bevisst lar være å varsle om

¹⁵¹ Hagstrøm side 352-353

¹⁵² Hagstrøm side 352-353

¹⁵³ Kaasen side 320

¹⁵⁴ Kaasen side 320

forutsetningssvikten, og i tillegg stanser arbeidet, vil varslingsplikten raskt være brutt og betinge misligholdssanksjoner. Dersom leverandøren på den andre siden bevisst lar være å varsle selskapet, men velger å utføre det ekstra arbeidet, er det klare utgangspunkt at leverandøren ikke har noe hjemmel for å kreve tilleggsvederlag ved at det ikke foreligger et arbeidspålegg.¹⁵⁵ Imidlertid vil den konkrete vurderingen være mer sammensatt i tilfeller hvor det er uklart om leverandøren i det hele tatt er blitt kjent med de faktiske forholdene som begrunner kravet. Hvis han ikke har det, kan han vanskelig bebreides for ikke å ha varslet selskapet om kravet. I slike situasjoner vil spørsmålet av om leverandøren har tapt sitt krav måtte hjemles i passivitetsbetraktninger.¹⁵⁶

6.0. Avsluttende kommentarer

Når det oppstår en bristende forutsetninger under avviklingen av en kontrakt som er regulert av NF 07, har fremstillingen vist at det er selskapets opptreden som langt på vei blir avgjørende for om endringssystemet kobles inn. I det praktiske liv vil nok selskapet normalt velge å koble inn endringssystemet i situasjoner hvor leverandøren varslar om at det foreligger en relevant bristende forutsetning. Selskapet vil da instruere leverandøren om å overkomme konsekvensene av forutsetningssvikten slik at den videre håndteringen skjer gjennom endringssystemet. Selv om situasjoner hvor selskapet utnytter den makt de har etter endringssystemet nok er lite praktiske, er de likevel en realitet. Slike situasjoner kan tenkes å oppstå særlig i tilfeller hvor samarbeidsklimaet mellom partene er dårlig, og hvor partenes vilje til å opptre lojalt overfor hverandre dermed er svekket.

Det er dermed mange argumenter som taler for at det er behov for å innta en bestemmelse i NF 07 som i større grad kan bidra til at endringssystemet raskt kobles inn i tilfeller av bristende forutsetninger. Endringssystemet sikrer tidlig identifisering av uenigheten og hvorvidt konsekvensene av forutsetningssvikten utgjør en endring av leverandørens plikter etter kontrakten. Endringssystemet sørger dermed for at den videre håndteringen av forutsetningssvikten og dens relevans kan finne sted uten at dette hindrer fremdriften i prosjektet. Videre vil en bestemmelse som kobler inn endringssystemet i tilfeller av bristende forutsetning redusere leverandørens rettsvillfarelsesrisiko, og bidra til en mer rimelig og nøytral balansering av partenes kontraktsinteresser.

Om leverandøren skal ha en rett til å kreve at selskapet kobler inn endringssystemet i tilfeller av bristende forutsetninger gjennom å umiddelbart kunne utstede en VOR, er imidlertid ikke like opplagt. Dette fordi endringssystemet forutsetter at selskapet pålegger leverandøren en arbeidsplikt. Dette innebærer i så tilfelle at selskapet blir

¹⁵⁵ Kaasen side 318-319

¹⁵⁶ Kaasen side 319

nødt til å pålegge leverandøren å overkomme forutsetningssvikten gjennom å utstede en DVO eller VO. Det vil bli konstruert å si at selskapet kan trekke tilbake sin instruks når det er klart at de aldri har kommet med et slikt arbeidspålegg. En slik ordning vil dermed frata selskapet muligheten til å påstå at forutsetningssvikten er leverandørens risiko, men at de velger å stå ved den modifiserte avtale viser den seg ikke å være det. Dette taler mot at en slik løsning er forsvarlig.

En alternativ løsning kan dermed være å innta en bestemmelse som kodifiserer selskapets plikt til å ta standpunkt til leverandørens varsel om at det foreligger en relevant bristende forutsetning. Denne plikten følger som fremstillingen har vist allerede av den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Imidlertid er det grunn til å tro at det å kontraktfeste en slik plikt vil bidra til å fremtvinge og effektivisere selskapets oppfordring til raskt å ta stilling til leverandørens varsel. Dette fordi det vil foreligge kontraktsbrudd etter artikkel 27.1. hvis de forholder seg taus eller venter for lenge med å ta stilling til leverandørens varsel. Selskapet risikerer dermed å bli erstatningsansvarlig for den forsinkelse leverandøren påføres som følge av at selskapet ikke i tide tar standpunkt til forutsetningssviktens relevans. Kontraktsregulering vil også åpne for at en ekspert kan ta stilling til hvorvidt selskapet har overholdt sin lojalitetsplikt. Misligholdssanksjonene fremstår dermed som mer truende for selskapet ved at leverandøren slipper å gå veien om domstolsbehandling for å få medhold i sitt krav om at selskapet har brutt sin lojalitetsplikt. I tillegg vil det være uheldig for selskapets navn og rykte at en ekspertavgjørelse slår fast at de har brutt lojalitetsplikten.

Konklusjonen er dermed at endringssystemet i NF 07 håndterer tilfeller av bristende forutsetninger hvor partene gjennom sine handlingsvalg velger å koble det inn. Dette forutsetter at leverandøren varsler om den bristende forutsetningen og at selskapet svarer med en instruks eller endringsordre på leverandørens varsel om at det foreligger en bristende forutsetning. Imidlertid har fremstillingen vist at kontraktens regulering av leverandørens krav på tilleggsvederlag eller fristforlengelse i tilfeller hvor en relevant bristende forutsetning påvirker hans kontraktsforpliktelse har sine mangler. Det er dermed mye som taler for at kontrakten bør endres på dette punkt, for i større grad redusere leverandørens kommersielle risiko.

7.0. Litteraturliste:

Bøker:

Kaasen, Knut, *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05* (Oslo 2006)

Barbo, Jan Einar, *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold* (Oslo 1997)

Hagstrøm, Otto, *Obligasjonsretten*, 3. utgave (Oslo 2003)

Hov, Jo, *Avtalebrudd og partsskifte Kontraktsrett II*, 2. Utgave, Oslo 2002

Artikler:

Tørum, Amund Bjøranger "Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise – illustrert med endrings – og varslingsreglene og arbeidsplikten", *Tidsskrift for forretningsjus*, 2010 s. 147-194

Giverholt, Heikki, "Passivitet og henvisningen til Norsk entrepriseretts regler om tap av rettigheter og innsigelser ved manglende varsel eller svar" *Tidsskrift for Eiendomsrett*, Hans-Jørgen Arvesen , (2007) s. 390-401.

Kaasen, Knut "Formalisme I komplekse tilvirkningskontrakter", *Tidsskrift for forretningsjus*, 2009 s. 47-69